

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**Esas Sayısı : 2022/120**

**Karar Sayısı : 2023/107**

**Karar Tarihi: 1/6/2023**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:** Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU:** 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

A. 231. maddesine 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraların,

B. 231. maddesinin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

**OLAY:** Sanıklar hakkında kasten yaralama ve görevi yapturmamak için direnme suçlarından açılan ceza davasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

**I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ**

Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 231. maddesi şöyledir:

*"Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*

*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 veya daha az süreli hapis veya adli 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.*

*(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.) Hükümün 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 hükümün 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 zaman aşımı 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 hükümün 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.) Hükümün 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 Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ve Kenan YAŞAR'ın katılımlarıyla 13/10/2022 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle başvuruya engel bir durumun varlığı ve başvurunun konusuz kalması sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” başlıklı 152. maddesinin dördüncü fıkrasında “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.” denilmiştir.

3. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da “Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

4. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasına 22/7/2010 tarihli 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen ikinci cümleye yönelik iptal talebi, Anayasa Mahkemesinin 16/2/2012 tarihli ve E.2011/41, K.2012/25 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 13/10/2012 tarihli ve 28440 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen itiraz başvurusuna konu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 13/10/2012 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

5. Ayrıca anılan Kanun'un 231. maddesinin (8) numaralı fıkrasına 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 72. maddesiyle eklenen ikinci cümleye yönelik iptal talebi de Anayasa Mahkemesinin 17/6/2015 tarihli ve E.2015/23, K.2015/56 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 26/6/2015 tarihli ve 29398 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen itiraz başvurusuna konu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 26/6/2015 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

6. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin 20/7/2022 tarihli ve E.2021/121, K.2022/88 kararıyla Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasının iptaline ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Anılan karar 23/9/2022 tarihli ve 31962 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Bu itibarla kuralın iptaline yönelik itiraz başvurusunun konusunun kalmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla konusu kalmayan başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

7. Açıklanan nedenlerle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

A. 231. maddesine 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen;

1. a. (6) numaralı fıkraya 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen ikinci cümleyle,

b. (8) numaralı fıkraya 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 72. maddesiyle eklenen ikinci cümleyle,

yönelik itiraz başvurusunun Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

2. (12) numaralı fıkra hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

3. a. (5) numaralı fıkranın,

b. (6) numaralı fıkranın birinci cümlesinin,

c. (7) numaralı fıkranın,

ç. (8) numaralı fıkranın birinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin,

d. (9), (10), (11) ve (13) numaralı fıkraların,

esasının incelenmesine,

B. 231. maddesinin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkrasının esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

### III. ESASIN İNCELENMESİ

8. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ahmet Hakan SOYTÜRK tarafından hazırlanan için esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

## A. Anlam ve Kapsam

9. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinde hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) düzenlenmiştir. HAGB, ceza yargılaması sonucunda verilecek mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının belirli şartlara bağlı olarak ertelenmesini ifade etmektedir.

10. Anılan maddenin itiraz konusu (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesi uyarınca HAGB'ye karar verilebilmesi için öncelikle; kovuşturmayla ilişkin yargılama usulünün uygulanarak iddia, savunma ve delillerin değerlendirilmesinden sonra isnat edilen eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin, eylemin suç teşkil ettiğinin ve bu suça göre hükmedilecek cezanın da iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olduğunun saptanarak yargılamanın bitirilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle yalnızca sanığın suçu işlediğinin sabit görülmesi hâlinde HAGB kurumunun uygulanma imkânı bulunmaktadır.

11. Maddenin (6) numaralı fıkrasının itiraz konusu birinci cümlesinde HAGB'ye karar verilebilmesi için sanığın daha önce kasıtlı suçtan mahkûm olmamış bulunması ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şeklinde objektif şartlar ile sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışları gözönünde bulundurulacak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması şeklinde subjektif bir şart öngörülmüştür.

12. Söz konusu fıkranın ikinci cümlesi uyarınca sanığın, hakkında HAGB uygulanmasını kabul etmesi gerekmektedir. Ancak sanığın, hakkında HAGB uygulanmasını kabul edip etmediği ise hüküm aşamasına geçilmeden, henüz yargılama aşamasındayken ve ileride sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilme ihtimaline dayalı olarak sorulmaktadır.

13. İtiraz konusu (9) numaralı fıkraya göre mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulu derhal yerine getirilemediği takdirde zararın denetim süresince aylık taksitler hâlinde ödenmesi suretiyle tamamen giderilmesi şartıyla da HAGB'ye karar verilebilecektir.

14. İtiraz konusu (5) numaralı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca uzlaştırmaya ilişkin hükümlerin saklı tutulması suretiyle HAGB öncesinde uzlaştırma kurumunun uygulanması öngörülmüştür. İtiraz konusu (7) numaralı fıkraya göre ise HAGB'ye karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemeyecek ve kısa süreli olması hâlinde seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir.

15. (8) numaralı fıkranın itiraz konusu birinci cümlesinde HAGB'den sonra sanığın beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulması hükme bağlanmıştır. Anılan fıkranın ikinci cümlesi uyarınca denetim süresi içinde kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha HAGB kararı verilemez. Fıkranın itiraz konusu üçüncü cümlesine göre denetim süresi içinde bir yıldan fazla olmamak üzere yargılamayı yapan mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; bir meslek veya sanat sahibi olmaması hâlinde meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, bir meslek veya sanat sahibi olması hâlinde bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir

edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir. İtiraz konusu dördüncü cümlede ise denetim süresi içinde dava zamaşımının duracağı hükme bağlanmıştır.

16. İtiraz konusu (10) numaralı fıkraya göre denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir.

17. İtiraz konusu (11) numaralı fıkra uyarınca sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya yükümlülüklere aykırı davranması hâlinde ise mahkemece açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanır. Kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanık hakkında cezanın yarısına kadar belirlenecek bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı hâlinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verilebilir.

18. İtiraz konusu (13) numaralı fıkrada da HAGB kararının bunlara mahsus bir sisteme kaydedileceği, bu kayıtların, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde anılan maddenin belirtilen amaç için kullanılabilmesi öngörülmüştür.

19. İtiraz konusu (14) numaralı fıkrada da Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak HAGB'ye karar verilemeyeceği belirtilmiştir.

20. İtiraz konusu (5) numaralı fıkranın üçüncü cümlesine göre HAGB, kurulan hükmün -kurumun uygulanmasının kendiliğinden doğurduğu hukuki sonuçları dışında- sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.

## **B. İtirazın Gerekçesi**

21. Başvuru kararında özetle; HAGB kararı verilmesinin mağdurlar açısından yeterli giderim sağlamadığı, faillerin cezadan muaf tutulmasına yol açtığı ve devletin kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme şeklindeki yükümlülüğünü yerine getiremediği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

## **C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu**

### **1. Kanun'un 231. Maddesinin (5) Numaralı Fıkranın Birinci Cümlesinin İncelenmesi**

22. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

23. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

24. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu izlediği suç ve ceza politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı konularında takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması, HAGB gibi ceza politikası araçlarına yer verilip verilmeyeceği, verilecek ise bu kurumun nasıl uygulanacağı konularında da kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışındadır.

25. İtiraz konusu kural *iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası* ile cezalandırılan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılabileceğini öngörmektedir.

26. Anayasa Mahkemesinin önceki bir kararında belirttiği üzere HAGB kurumu Avrupa ülkelerinin bir kısmının ceza mevzuatında da yer almaktadır. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avrupası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, ceza yargılaması sonunda sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün belirli şartlar altında hukuki sonuç doğurmaması esasına dayanır. Hâkim, sanığın mahkûmiyetine karar vermekle birlikte mahkûmiyet hükmünün açıklanmasını belirli bir süreyle ertelemekte ve sanığı bu süre içinde denetim altında tutmaktadır. Tabii tutulduğu denetim süresi içinde yeni bir suç işlemeyen ve yükümlülöklere uygun davranan sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı ortadan kaldırılmaktadır. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan sanık, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır. Sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarından (bazı farklılıklarla birlikte bkz. AYM, E.2012/80, K.2013/16, 17/01/2013).

27. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kural da dâhil olmak üzere 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin birçok hükmünü anayasallık denetimine tâbi tutmuştur. Anılan kararlarda Anayasa Mahkemesinin HAGB kurumunun yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmadığına, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunmasının da amaçlandığına vurgu yaptığı anlaşılmaktadır. Nitekim mukayeseli hukukta da suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verilmektedir (AYM, E.2007/14, K.2009/48 12/3/2009; E.2007/42, K.2009/50, 12/03/2009; E.2008/45, K.2009/53, 12/3/2009; E.2008/106, K.2009/54, 12/3/2009; E.2009/17, K.2009/47, 12/03/2009; E.2009/22, K.2009/55, 7/5/2009; E.2011/41, K.2012/25, 16/2/2012; E.2012/9, K.2012/103, 05/07/2012; E.2015/23, K.2015/56, 17/06/2015; E.2020/22, K.2020/34, 25/06/2020).

28. 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 diğeri* [GK], B. No: 2016/1635,

5/7/2022, § 97; *Seyfullah Turan ve diğeri*, B. No: 2014/1982, 9/11/2017, §§ 194-197; *Necla Kara ve diğeri*, B. No: 2018/5075, 15/3/2022, §§ 103-110 *Zübeyde Füsün Üstel ve diğeri* [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).

29. Nitekim Anayasa Mahkemesi Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında yer alan ve HAGB kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kurala ilişkin yapılan başvuruda, anılan kuralı bireysel başvuru kapsamında görünür hâle gelen hususları gözönünde bulundurarak anayasallık denetimine tâbi tutmuş ve kuralın itiraz kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmediği sonucuna ulaşarak iptaline karar vermiştir (AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022).

30. Bu itibarla itiraz konusu kuralda da HAGB kurumunun işleyişine dair Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce yapılan değerlendirmeler gözönünde bulundurularak anılan kurumun temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelere uygun olup olmadığı tespit edilmelidir.

31. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüne yer verilmiştir.

32. Anayasa'nın anılan maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü, yargılama usulüne ilişkin güvencelerle hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını hedefleyen ve demokratik toplumda vazgeçilmez nitelikte olan adil yargılanma hakkını da kapsayan geniş bir içeriğe sahiptir. Bu özgürlük, hakların korunmasını amaç edinen vazgeçilmez meşru yöntemlerin başında gelmektedir. Anayasa'daki temel hakların korunmasında önemli bir teminat olan yargısal hak arama yolu, hakların korunmasında en etkili ve güvenceli yoldur. Bu bağlamda, mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün sağladığı güvencelerden biridir (AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 5-12).

33. Anayasa'nın 36. maddesi, bir mahkeme tarafından verilen hükmün hangi kanun yoluna tâbi olacağı ve üst dereceli mahkemelerden hangisi tarafından hükmün denetleneceği yönünde bir güvence içermemekte olup anılan hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun koyucunun kanun yollarına başvuru bakımından daha ileri güvenceler öngörmesi mümkündür.

34. Adil yargılanma hakkı bir mahkeme kararına karşı üst yargı yollarına başvurabilmeyi doğrudan güvence altına almamakla birlikte, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilme ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilme anlamına gelen ve adil yargılanma hakkının bir güvencesi olan mahkemeye erişim hakkı uyarınca hakkında suç isnadı bulunan bir kimseye istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise bu kanun yolları yönünden de adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin



sağlanması gerekir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52; Hasan İştin, B. No: 2015/1950, 22/2/2018, § 37).

35. Ceza yargılamasında -hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere- sonuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri, üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri ve kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler dışında ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükümlere karşı asıl derece kanun yolu olarak istinaf kanun yolu kabul edilmiştir. Bu durumda kanunen tanınan istinaf yoluna başvuru hakkını kısıtlayan hükümler hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturacaktır. Bununla birlikte hukuka uygun bir rıza beyanının müdahaleyi ortadan kaldırdığı belirtilmelidir.

36. HAGB kararı verilen yargılamalar bakımından 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası uyarınca itiraz kanun yolu kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle istinaf kanun yoluna tâbi olması öngörülen bir yargılama sanığın HAGB kararı verilmesini kabul etmesiyle itiraz yoluna tabi hâle gelmektedir. Sanık hakkında HAGB kararı verilmesini kabul etmekle birlikte istinaf kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmektedir.

37. Anayasa'nın 36. maddesi veya diğer herhangi bir maddesi kişilerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkından feragat edilmesini açıkça yasaklayan bir hüküm içermemektedir. Öte yandan bu hakların mahiyetinden kaynaklı olarak feragati geçersiz kılan bir husus da bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişilerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkından feragat etmesi mümkündür. Bununla birlikte feragatin Anayasa'ya uygun olabilmesi için feragat iradesinin açık olması, sonuçlarının kişi yönünden makul olarak öngörülebilir olması ve adil yargılanma hakkına ilişkin asgari güvencelerin de sağlanmış olması gerekir. Ayrıca feragati meşru olmaktan çıkararak üstün bir kamu yararının bulunmaması gerekir (benzer yönde değerlendirmeler için bkz. *Nurettin Balta*, B. No: 2016/10023, 28/12/2021, § 45).

38. Anayasa Mahkemesi *Atilla Yazar ve diğerleri* kararında, sanıkların HAGB kararını kabule ilişkin irade beyanlarının alınması usulündeki güvence eksikliğine dikkat çekilmiştir. Anılan kararda, sanıktan henüz hüküm kurulmadan HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğine yönelik iradesini ortaya koymasını istemenin kendisini güvenceye almak isteyen sanığın henüz deliller ortaya konulup tartışılmadan bir tür ihtimal hesabına girişmesine ve bilinmezlik içinde iradesini açıklamasına neden olabileceği, bu durumun da sanıkların temel hak ve özgürlükleriyle ilgili konularda henüz duruşmanın başında haksız bir baskı oluşturabileceği ifade edilmiştir. Anılan kararda tespit edildiği üzere, henüz verilmemiş ve sanığa bildirilmemiş bir hükmün açıklanmasının ertelenmesini isteyip istemediği sorulan sanık yargılamaya konu olayla ilgili tüm şüphelerin ortadan kaldırılmadığı bir aşamada, kendi yargılama sonucunu tahmin edip henüz aydınlatılmamış bir iradeyle beyanda bulunmak zorunda bırakılmaktadır. HAGB uygulanmasını yargılamanın henüz başında kabul eden sanıklar hakkında yargılamanın sonraki aşamalarında adil yargılanma hakkı güvencelerinin ilk derece mahkemesince sağlanıp sağlanmadığının denetimi ise istinaf kanun yolunda yapılamamakta ve bu durum hak ihlallerine yol açabilmektedir (*Atilla Yazar ve diğerleri*, §§ 161-164).

39. Anayasa Mahkemesinin anılan kararındaki tespitler gözetildiğinde, mahkeme hükmünün kurulmasından önceki bir aşamada açıklanan belirli bir kanun yolundan feragat iradesinin anayasal geçerlilik koşullarını sağlamadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, sanığın geçerli bir feragat iradesine dayanmaksızın karara karşı istinaf kanun yoluna başvuru imkânından mahrum bırakılmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırladığı sonucuna ulaşılmıştır.

40. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle yapılan değişiklikle itiraz merciinin esasa ilişkin hukuka aykırılık iddiaları yönünden de HAGB kararını denetlemesi zorunluluğu getirilmiş ise de bu durum hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkının sınırlandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zira dava konusu kuralın kapsamında kalan hükümler yönünden olağan denetim mercii istinaf kanun yolu olarak düzenlenmişken sanığın HAGB uygulanmasını kabul etmesi ve mahkemenin HAGB kararı vermesiyle artık bu yola başvuru imkânı ortadan kalkmaktadır. Sanığın geçerli bir feragat iradesi olmaksızın kanunen tâbi olduğu istinaf yoluna başvurusunun bu aşamada imkânsız kılınması -alternatif bir denetim mekanizması getirilmiş olsa bile- hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır.

41. Anayasa'nın 13. maddesinde "*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*" denilmektedir. Buna göre adil yargılanma hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

42. Bu kapsamda kanun yoluna başvuru hakkından feragate ilişkin bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir.

43. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

44. Mevcut durumda sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, sanığa hakkında HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğinin yargılamanın sona ermesinden önce sorulması mümkündür. Bu durum ise henüz hakkında kurulmuş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan

sanığı mahkûmiyet tehdidinin varlığı karşısında savunmasız duruma sokmakta ve henüz doğmamış olan istinaf kanun yoluna başvuru hakkından peşinen feragat etmeye zorlamaktadır. Bu itibarla sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğine yönelik sorunun mahkûmiyet hükmünün ardından sorulmasına yönelik bir usule ilişkin güvencenin bulunmaması nedeniyle kuralın kanunilik şartını sağlamadığı, ayrıca sanığa aşırı bir külfet yüklediği ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

45. Öte yandan, Anayasa'nın 35. maddesinde “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması topllum yararına aykırı olamaz.*” denilmektedir.

46. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ile fikrî hakların yanı sıra icrası mümkün olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

47. Ceza yargılaması sonunda mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müsadere kararı mülkiyet hakkına sınırlama getirmekte olup mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrol edilmesidir (*Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 54-58). Müsaderenin HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak ise açık bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

48. Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şekilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kural uyarınca müsadere yoluyla mülkiyet hakkına yapılan sınırlamanın -kuralın da yer aldığı fıkradaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiği biçimindeki düzenleme de göz önünde bulundurulduğunda- kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengeyi bozduğu ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (*Süleyman Başmeydan* [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, §§ 57-63).

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 olmalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut

ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevdir (*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 yükümlülüğünün 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 davalardan 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 gözeterek 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 fiili 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 çözmemesi Anayasa'nın 17. maddesinin devlete yüklemiş olduğu faillere fiilleriyle orantılı cezalar verilmesi ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklindeki usul yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır.

56. 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.

57. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 17., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE bu görüşe katılmamıştır.

**2. Kanun'un 231. Maddesinin (5) Numaralı Fıkranın İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin, (6) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin, (7) Numaralı Fıkrasının, (8) Numaralı Fıkrasının Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Cümleleri ile (9), (10), (11), (13) ve (14) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi**

58. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle anılan fıkranın ikinci ve üçüncü cümlelerinin, (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, (7) numaralı fıkrasının (8) numaralı fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri ile (9), (10), (11), (13) ve (14) numaralı fıkraların uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle söz konusu cümle ve fıkralar 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu kurallar yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir.

#### **IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ**

59. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün belirli kurlarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

60. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan maddenin (5) numaralı fıkranın ikinci ve

üçüncü cümleleri ile (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkralarının 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptalleri gerekir.

## **V. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU**

61. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İctüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” denilmekte; 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Anayasa Mahkemesinin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete’de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

62. Ceza muhakemesinde HAGB kurumuna yer verilip verilmeyeceği ve yer verildiği takdirde nasıl uygulanacağı konularında kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Anılan kuruma yer verilecekse, kurumun Anayasa Mahkemesinin iptal ve hak ihlali kararlarındaki tespitler ışığında temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelere uygun olarak yeniden düzenlenmesi mümkündür. Bu itibarla 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) fıkralarının iptal edilmeleri nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

## **VI. HÜKÜM**

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine;

**A.** 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen;

1. (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. (5) numaralı fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri ile (6), (7), (8), (9), (10), (11) ve (13) numaralı fıkraların 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALLERİNE, iptal hükümlerinin Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

**B.** 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen (12) numaralı fıkranın 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE

YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkranın 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

1/6/2023 tarihinde karar verildi.

Başkan  
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili  
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili  
Kadir ÖZKAYA

Üye  
Engin YILDIRIM

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
M. Emin KUZ

Üye  
Rıdvan GÜLEÇ

Üye  
Recai AKYEL

Üye  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye  
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye  
Selahaddin MENTEŞ

Üye  
Basri BAĞCI

Üye  
İrfan FİDAN

Üye  
Muhterem İNCE

## KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz sayın çoğunluğu tarafından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (Kanun) 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptaline karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan gerekçelerle bu görüşe katılmamaktayız.

2. Bir normun anlam ve kapsamının belirlenmesi anayasallık denetimi bakımından önem taşımaktadır. Anayasallık denetiminde ölçü Anayasa olmakla birlikte bu husus normun ait olduğu hukuk sistemi içerisindeki yerinin tespiti ile buna göre kazanacağı anlamın gözetilmesine engel değildir. Başka bir ifadeyle, herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü gözönünde tutularak yorumlanması gerekir (AYM, E.1984/8, K.1984/10, 20/09/1984).

3. Klasik anlamda norm denetiminde bir kuralın maddi hukuk dünyasında yarattığı değişiklik bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığı denetlenmektedir. Söz konusu denetimde kuralla ilgili ve gerekli görülen tüm hukuki müesseseler de gözetilmeli, başka bir ifadeyle kural anılan hukuki müesseseler ile anlamlandırılmalı ve kuralın bu bağlamda Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı olup olmadığı tespit edilmelidir (AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 21).

4. Nitekim Anayasa Mahkemesi de daha önce yapmış olduğu esasa yönelik incelemelerde hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) ile ilgili kuralların kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (AYM, E.2007/42, K.2009/50, 12/3/2009; E.2020/22, K.2020/34, 25/06/2020).

5. İptal edilen kural *iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası* ile cezalandırılan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılabileceğini öngörmektedir. Şüphesiz kuralın anlam ve kapsamının tespitinde ait olduğu hukuk sistemi içerisindeki yeri gözetilmelidir. Ancak HAGB kurumunun anayasallık denetimi bir bütün halinde yapılacaksa yalnızca iptal edilen kural değil, Mahkememizin önüne getirilen ve incelenme imkânı olan diğer kurallar da esas bakımından incelenmelidir.

6. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

7. Hukuk devleti ilkesi gereğince kanunların kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesince kamu yararı konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararadır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya sadece belli kişilerin yararına kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan istisnai hâl dışında bir kanun hükmünün gereksinimlere uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının



sağlanabileceği kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz (AYM, E.2020/53, K.2021/55, 14/7/2021, § 23).

8. Ceza hukukunda, cezanın infaz edilmesiyle güdülen amaç kişiye gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkili bir uyarıda bulunmak ve pişmanlık duymasını sağlamaktır. Cezasının infazıyla hükümlünün gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçsuz bir hayat sürmeye yatkın duruma getirilmesi gerekmektedir. Çağdaş ceza hukukunda ceza yaptırımlarının belirlenmesindeki temel amaç ise suçlunun ıslahı, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne geçme ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey hâline getirilmesini sağlamaktır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların tek yaptırım biçimi olarak öngörülmesinin suç ve suçluluğu önleme noktasında yetersiz kalması karşısında, günümüzde geleneksel ceza sistemini tamamlayacak başkaca yaptırım ve tedbirler uygulanmaya başlanmıştır. Cezaların bireyselleştirilmesine yönelik bu düzenlemeler, kamu yararının da bir gereğidir (AYM, E.2012/80, K.2013/16, 17/1/2013). HAGB kurumu da suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kabul ettiği bir sistem olup kamu yararı amacına yöneliktir.

9. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı konularında takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi bulunması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi ceza politikası araçlarına yer verilip verilmeyeceği, verilecek ise bu kurumun nasıl uygulanacağı konularında da kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır. (AYM, E.2021/97, K.2022/36, 24/3/2022, § 21).

10. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik*, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik* başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *orantılılık* ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da *ölçülülük ilkesi* gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur (AYM, E.2021/98, K.2022/9, 26/1/2022, § 7).

11. HAGB, hapis cezasının ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi hükmün ve cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biridir. Bu kurumun varlığı, uygulanma koşulları, hüküm ve sonuçlarının neler olduğu, Anayasa'da yer alan ilkelere ve güvencelere aykırı olmamak kaydıyla, kanun koyucunun takdirinde olmakla birlikte anılan kurumun ulaşılmak istenen amaç bakımından ölçülü olması gerekir.

12. Suçun önlenmesi ve suçlulukla mücadele bakımından hürriyeti bağlayıcı cezaların tek yaptırım biçimi olarak belirlenmesi toplum açısından beklenen neticenin gerçekleşmesine yetmemekte, tam aksine bir sonucun ortaya çıkmasına yol açabilmektedir. Belirli bir önem derecesinin altındaki suçlarda kişilerin doğrudan hürriyeti bağlayıcı cezai yaptırımlara tabi tutulması daha nitelikli ve yoğun biçimde suçun işlenme nedeni olabilmektedir (AYM, E.2007/14, K.2009/48, 12/03/2009). Suçu işlediği sabit görülen sanık bakımından bir kısım yükümlülükler de yüklenebilecek şekilde belirli sürelerle gözetim ve denetim öngören, mümkün olduğunca suçtan zarar görenin tatminini amaçlayan HAGB kurumunun, özgürlüğü bağlayıcı cezaya son çare olarak başvurulabilmesi de gözetildiğinde, suç ve suçlulukla mücadele bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca HAGB kararının uygulanabileceği azami ceza miktarının, *iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası* olması koşuluna bağlanmış olması söz konusu kurumun ulaşılmak istenen amaç bakımından orantısız bir yanının olmadığını da ortaya koymaktadır.

13. Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca HAGB öncesinde uzlaştırma yoluna gidileceği hüküm altına alınmıştır. Alternatif bir uyumsuzluk çözüm yolu ve onarıcı adalet anlayışının ürünü olan uzlaştırmanın HAGB'ye göre öncelikle uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Anılan fıkranın üçüncü cümlesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının -kurumun uygulanmasının doğurduğu hukuki sonuçları dışında- hukuki sonuç doğurmayacağı ön görülmesi, tıpkı kamu davasının açılmasının ertelenmesi, faille ceza verilmesi halinde infazın belirli bir süre ertelenmesi veya infazın hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek başkaca bir yaptırım ile yerine getirilmesinde olduğu gibi devletin ceza politikasına ilişkindir.

14. HAGB, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûmiyeti bulunmayan kişilerin toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve yararlı bir birey olarak tekrar topluma kazandırılması amacıyla belli koşullara bağlı olarak tanınan bir imkân olup kişilere her durumda mutlaka sağlanması gereken bir hak teşkil etmemektedir. Bir an için ilgili kişiler açısından bir hak olduğu kabul edilse bile bunun mutlak olduğu ve hiçbir şarta bağlı kılınamayacağı da söylenemez. Dolayısıyla, kanun koyucu hangi koşullar altında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceğini belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir (AYM, E.2015/23, K.2015/56, 17/06/2015).

15. Bu bağlamda, Kanun'un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesine göre kasıtlı bir suçtan mahkûmiyeti bulunan kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecek oluşu kanun koyucunun takdirinde olup ölçüsüz olduğu söylenemez. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle fail tarafından tek seferde veya taksitle tamamen giderilmesi şeklinde öngörülen şart onarıcı adalet anlayışının bir ürünüdür. Bu anlayışa göre suç karşısında uygulanacak yaptırımın türünün mağdur, sanık ve toplumun etkin katılımı ile belirlenmesi esastır. Failin mağdurun zararını gidermesi, yeniden topluma uyum sağlaması ve ıslah olması bakımından önemli bir araçtır. Mağdur veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi şartının varlığı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, yalnız failin değil mağdurun ve kamunun da menfaatini gözettiğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan anılan şartın da ölçüsüz olduğu söylenemez. Sanığın yeniden suç işlemeyeceğine dair mahkemede oluşacak kanaat şartının ise kurumun amacı gözetildiğinde ölçülü olduğu değerlendirilmektedir.

16. Cezanın bireyselleştirilmesine dair kurumlardan birinin diğerlerine göre öncelikle uygulanması, bu kurumların karma biçimde uygulanma imkânına yer verilmemesi de devletin ceza politikasına ilişkindir. Bunun yanında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda kararın hukuki sonuç doğurmayacağına öngörülmüş olması da dikkate alındığında, anılan kurumun cezanın ertelenmesi ve seçenek yaptırıma çevrilmesine göre sanığın daha lehine olduğu ortadadır. Bu sebeple açıklanması geri bırakılan hükümde, mahkûm olunan hapis cezasının ertelenmesine ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilmesine imkân tanımayan Kanun'un 231. maddesinin (7) numaralı fıkrasının ulaşılmak istenen amaç bakımından ölçsüz bir yönü bulunmamaktadır.

17. Kanun'un 231. maddesinin (11) numaralı fıkrasında yer alan kurallar, belirli şartlara bağlı olarak ve yükümlülükler öngörülerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karşın bu yükümlülükler uyulmadığı takdirde hükmün açıklanmasına ya da başkaca bireyselleştirme yöntemlerinin uygulanmasına imkân sağlamaktadır. Bu durum, HAGB kurumunun varlığının tek başına fail açısından fiili bir cezasızlık durumu yaratmadığını ve af niteliğinde olmadığını, kurumun sanığı ıslah etmede yetersiz kaldığı noktada diğer ceza hukuku kurumlarına başvurulabileceğini ortaya koymaktadır

18. Diğer yandan, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında "*suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*" ve 38. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" şeklinde ifade edilen masumiyet karanesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılacağını güvence altına alan temel haklardandır. Masumiyet karanesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren yaptırımların uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır. Ancak masumiyet karanesi, ceza ve infaz hukukunda, kişilerin peşinen suçlu ilan edilmeden bazı seçenek tedbirlerden veya cezanın bireyselleştirilmesine imkân tanıyan kurumlardan mahrum bırakılmasına engel teşkil etmemektedir (AYM, E.2015/23, K.2015/56, 17/06/2015).

19. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre, adından da anlaşıldığı gibi bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amacıyla da öngörülmüştür. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sonrasında beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu süre içinde uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülüğün yüklenmesine imkân sağlanması, öngörülen denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranılması halindeyse hükmün açıklanması, kanun koyucunun cezanın bireyselleştirilmesi, suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir (AYM, E.2020/22, K.2020/34, 25/06/2020, § 20). Kanun'un 231. maddesinin (8) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde sayılan yükümlülükler cezai bir yaptırım niteliğinde olmadığından, sanık hakkında bu yönde bir denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının masumiyet karanesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

20. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (13) numaralı fıkrasındaki HAGB kararının buna mahsus bir sisteme kaydedileceği ve ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, anılan maddede belirtilen amaç için kullanılabilmesine dair kural, HAGB kararının sanık

hakkında hukuki sonuç doğurmayacağına ilişkin kural ve denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha HAGB kararı verilemeyeceğine dair kural ile ilişkilidir. HAGB kararı ile sanık hakkında kesinleşmesi askıya alınmış bir mahkûmiyet hükmü bulunduğundan bu hüküm sanığın adli sicil kaydına işlenmez. Dolayısıyla 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (13) numaralı fıkrasında yer alan kurallar Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan masumiyet karinesinin bir görünümü niteliğindedir.

21. Kanun'un 231. maddesinin (14) numaralı fıkrasında Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği düzenlenmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir kısım suçlar bakımından uygulanamayacağına öngörülmesi, devletin suç ve suçlulukla mücadeledeki ceza politikasına ilişkindir. Başka bir anlatımla bir kısım suçlar yönünden tayin edilecek ceza miktarı ve cezaların bireyselleştirmesinin ne şekilde yapılacağı kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır ve bu konuda yerindelik denetimi anayasal denetimin dışındadır.

22. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin daha önce yapmış olduğu bireysel başvuru incelemelerinde, HAGB kurumunun mevcut uygulanma biçimi ile başta ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin sürekli ihlallerine yol açan yapısal sorunlar ihtiva ettiği ve bu sorunların kanun koyucunun düzenlemesi dışında bir yolla ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (*Atilla Yazar ve diğeri* [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 173). Nitekim Anayasa Mahkemesi, HAGB kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasındaki kuralı etkili başvuru hakkı sağlamadığı gerekçesiyle iptal etmiştir (AYM E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022, § 30).

23. Anılan iptal kararı sonrasında 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesi ile "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir.*" şeklinde yeniden düzenlenmiş ve 5/4/2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

24. HAGB kurumunun adil yargılanma hakkı bakımından hak ihlallerine yol açacak şekilde yapısal sorunlar ihtiva ettiği yönünde Anayasa Mahkemesince yapılan tespit ve Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasındaki yeni düzenleme ışığında anılan kurumun adil yargılanma hakkı yönünden de değerlendirilmesi gerekir.

25. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

26. Ceza yargılamasında savunma hakkının güvence altına alınması, hukuk devletinin temel ilkelerindedir. Savunma hakkının sağladığı *güvenceler* esasen adil yargılanma hakkı içinde yer almaktadır. Savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin

gereklerinden ve adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden biri olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle savunma hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir.

27. Anayasa'nın 36. maddesine "...*adil yargılanma*..." ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede ise taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 21). Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinde sayılan güvencelerin de adil yargılanma hakkı kapsamında gözetilmesi gerekir. Bu bağlamda, bir suç ile itham edilen sanığın isnadı öğrenme, savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma, bizzat ya da müdafî vasıtasıyla veya adli yardımla savunmada bulunma, tanık dinletme ve tanık sorgulatma, tercümandan ücretsiz yararlanma gibi asgari hakları bulunmaktadır. Yine yargılamanın hakkaniyete uygun olduğunun söylenebilmesi için çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun yargılama yapılması, mahkeme kararlarının da gerekçeli olması gerekir.

28. HAGB kararı ile sonuçlanan yargılamaların kural olarak Kanun'da öngörülen kovuşturmayla ilişkin yargılama usullerinin uygulanması, delillerin takdiri ve eylemlerin hukuki nitelendirmesinin yapılması bakımından diğer hüküm ve karar türleri ile sonuçlanan yargılamalardan farkı bulunmamaktadır. HAGB kararı ile sonuçlanan yargılamalarda da sanığın adil yargılama hakkına dair güvencelerden istifade etmesi gerekir. Nitekim kanun koyucunun da Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında HAGB kararlarına karşı yapılacak itirazlarda hem HAGB kararının hem de askıda bulunan hükmün usul ve esas yönünden inceleneceğini hüküm altına almak suretiyle adil yargılanma hakkı güvenceleri bakımından olağan kanun yollarında etkili bir denetim yapılarak Anayasa Mahkemesince tespit edilen yapısal sorunların giderilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla HAGB kurumuna ilişkin itiraz konusu kuralların suç isnadı altında olan kişilerin adil yargılanma hakkının güvencelerinden yararlanmasını sınırlar bir yönü bulunmamaktadır.

29. HAGB kurumunun adil yargılanma hakkı bağlamında mahkemeye erişim hakkı ve hükmün denetlenmesini talep hakkı bakımından da değerlendirilmesi gerekir. Mahkemeye erişim hakkı bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilme ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilme anlamına gelmektedir. Mahkemeye erişim hakkı ilk derece mahkemesinde dava açma hakkının yanı sıra itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise anılan yollara başvurma hakkını da içerir (*Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49). İlk derece mahkemesince verilen karar ve hükümlerin kural olarak bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesi ise hükmün denetlenmesini talep hakkıdır (AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 4-18).

30. Sanıkların HAGB kararını kabule ilişkin irade beyanlarının alınması usulündeki güvence eksikliği ve buna bağlı olarak sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda kanuni bir düzenlemenin bulunmaması iptal gerekçesi yapılmıştır. Sanığın HAGB uygulanmasına dair rızasının alınacağı aşama ve alınış biçimi yönünden Anayasa Mahkemesince *Atilla Yazar ve diğerleri* kararında değerlendirme yapıldığından bu hususta yeniden bir tespite gerek bulunmamaktadır. Ancak bu husus kuralın incelenme yöntemi bakımından ve (12) numaralı fıkranın 7445 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile yeniden ihdas edilen itiraz kanun yolu ışığında yeniden değerlendirilmelidir.

31. Sayın çoğunluk tarafından iptal edilen hüküm “*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.*” şeklindedir. Kuralın yorumlanmasında ve anayasallık denetimine tabi tutulmasında öncelikle lafzi yorum dikkate alınmalıdır. Akabinde kuralın lafzi yorumunun yanında diğer kurallarla ilişkisi gözetilerek diğer yorum yöntemlerine başvurulması da mümkündür. Yukarıda açıklandığı üzere, kural lafzi yönden Anayasa’ya aykırı olmadığı gibi, sistematik yorum açısından da Anayasa’ya aykırı değildir. Kaldı ki, HAGB kararını kabule ilişkin irade beyanının sorulması hususu iptal edilen kural ile değil, Kanun’un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi ile ilgilidir. Zira, sanığa rızasının sorulma zamanına ilişkin konunun sanığa rızasının sorulmasında mündemiç olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla sayın çoğunluk tarafından iptal gerekçesi yapılan husus iptal edilen kuralla değil başkaca bir kuralla ilişkilidir.

32. Anayasa’nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağı belirtilmiştir. Anılan hüküm ile anayasa koyucu aynı kanun hükmünün anayasallık denetimi konusunda on yıllık bir denetim yasağı öngörmüştür. Danışma meclisinin gerekçesinde belirtildiği üzere sebep birliği olmadıkça kesin hükümden bahsedilemeyecekse de Anayasa Mahkemesi somut norm denetiminde gerekçe ile bağlı olmayarak her türlü neden yönünden inceleme yapabileceğinden on yıllık süre yasağı dolmadan Anayasa’ya uygun bulunan bir hükmün yeniden incelenmesi mümkün değildir.

33. Kanun’un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasına 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle eklenen ikinci cümleye yönelik iptal talebi, Anayasa Mahkemesinin 16/2/2012 tarihli ve E.2011/41, K.2012/25 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 13/10/2012 tarihli ve 28440 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen itiraz başvurusuna konu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için önceki kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı 13/10/2012 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre dolmadan başvuru yapıldığından Anayasa Mahkemesince eldeki itiraz başvurusunda anılan kural bakımından esas bakımından incelemeye geçilmemesine oy birliği ile karar verilmiştir.

34. (6) numaralı fıkranın ikinci cümlesi hakkında esas bakımından anayasallık denetimi yapılmadığı halde bu denetim iptal edilen kural üzerinden yapılmıştır. Bu yöntemin Anayasa’nın 152. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile bağdaştığını söylemek mümkün görünmemektedir.

35. Diğer yandan eksik düzenlenme ile ilgili husus kuralın iptal gerekçesi yapılmıştır. Anayasa Mahkemesinden, ancak Anayasa’ya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebilir. Bir kuralın, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile veya değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Bu yöntemde mevcut hükümde Anayasa’ya bir aykırılık değil, ancak eksiklik bulunduğu tespit edilecektir (AYM, E.1963/172, K.1963/244, 21/10/1963). Elbette, eksik düzenlemenin başka bir Anayasa hükmüne aykırılık oluşturduğu değerlendirildiği takdirde bu eksiklik iptal gerekçesi yapılabilir.

36. Bu bağlamda sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda kanuni bir düzenlemenin bulunmamasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği de değerlendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi HAGB kurumu hakkında, *Atilla Yazar ve diğerleri* [GK] kararına kadar kanunilikten hak ihlali kararı vermemiştir. Anılan kararın dayandığı kabul, hükmün itiraz üzerine şeklen incelenmesi ve etkili bir başvuru yolu olmaması üzerindedir. Nitekim sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğinin sorulmasına dair (6) numaralı fıkranın ikinci cümlesinin ihdası sırasında Adalet Komisyonu raporunda bu husus “*Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna müracaat halinde beraat edeceğini düşünen sanığın bu hakkı elinden alınmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz mercii kararları şeklen incelemektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir.*” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla şeklen bir inceleme yapıldığı, işin esasının bir merci tarafından denetlenmediği durumlarda HAGB kurumunun kabulüne dair irade beyanının ne zaman sorulduğu önem taşıyabilir. Ancak (12) numaralı fıkranın yeniden düzenlenmesi sonrası işin esasının itiraz mercii tarafından incelendiği ve sanığa her durumda beraat, başka bir ifadeyle aklanma imkânı tanındığından bir irade sakatlığından bahsedilemeyecektir. Sanık HAGB'yi kabul etse de etmese de etkili bir kanun yolu denetimine başvurma imkânına sahip olduğundan ceza baskısı ile kanun yoluna başvuru hakkından feragat ettiği söylenemeyecektir. Mahkemeye erişim hakkı ve hükmün denetlenmesini talep hakkının hükmü inceleyecek merci konusunda kanun koyucuya takdir yetkisi de tanıdığı gözetildiğinde, HAGB kurumunun anılan hakları sınırlar bir yönü bulunmamaktadır.

37. Diğer yandan feragatten bahsedilebilseydi de hüküm verilmeye kadar -sanığın son sözünde dahi- hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair iradede dönüşmesi mümkündür (benzer yönde birçok değerlendirme arasından bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2017/20442, K.2018/1633, 25/1/2018). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) asgari usul güvenceleri altında şüphelinin/sanığın hakkında açılan davanın esastan incelenmesinden dahi vazgeçebileceğini vurgulamıştır (*Natslishvili ve Togonidze / Gürcistan*, B. No: 9043/5, 29/4/2014). Kaldı ki mevcut sistemde HAGB kararlarının esas yönünden itiraz merciiince inceleneceği hüküm altına alındığından böyle bir feragatten de bahsedilemeyecektir. Üstelik duruşmadan sonuç çıkarma devresinde ve hüküm öncesinde sanığın somut olaya ilişkin olgular ve kanuni hakları bakımından aydınlatılmadığı da söylenemeyecektir.

38. Öte yandan Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ile fikri hakların yanı sıra icrası mümkün olan her türlü alacak hakkını da kapsar. Ceza yargılaması sonunda mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müsadere kararı mülkiyet hakkına sınırlama getirmekte olup mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrol edilmesidir (*Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 54-58).

39. İptal edilen kuralın mülkiyet hakkına dair hüküm ihtiva etmediği ve dolayısıyla mülkiyet hakkına aykırı olmadığı hususunda adil yargılanma bahsinde yapılan açıklamaları yineliyoruz. HAGB kurumu bir bütün halde incelendiğinde ise Anayasa Mahkemesi HAGB ile sonuçlanan yargılamalara ilişkin incelemiş olduğu bireysel başvurularda müsadere

hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak, açık bir kanun hükmünün bulunmamasını ve mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol bulunmamasını ihlal sebebi olarak kabul etmiştir (*Mahmut Üçüncü*, B. No: 2014/1017, 13/7/2016, § 101; *Süleyman Başmeydan* [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, §§ 57-63).

40. (12) numaralı fıkranın ihdası sonrasında müsadere kararını esastan denetleten etkili bir yolun oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Müsaderenin infaz zamanına ilişkin bir hüküm bulunmaması ise ancak müsadere kararının esas bakımından denetlenmediği durumlarda bir iptal gerekçesi olarak görülebilirdi. Zira itiraz mercii tarafından esas bakımından denetim yapıldığında, müsadereye konu eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olup olmadığı, müsaderenin orantılılığı ve nihai olarak müsaderenin uygunluğu da denetlenebilecektir. HAGB kararlarının askıda hüküm olması karşısında beş yıllık denetim süresinin uzunluğu da gözetilerek hem yargılama mercii hem de itiraz mercii tarafından mülkiyet hakkını ihlal etmemek için üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı bizzat suç oluşturan eşyalar hariç olmak üzere, müsadereye konu eşyanın belirli şartlar öngörerek yediemin sıfatıyla sanığa teslimi de mümkündür (benzer yönde değerlendirme için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2014/6-66, K.2014/365, 11/7/2014). Bu hususlar gözetildiğinde eksikliğin kurumu bir bütün halinde Anayasa'ya aykırı hale getirmediği ve uygulama yoluyla eksikliğin giderilmesiyle normun korunmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

41. Diğer taraftan, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan hak kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutu, hakkın ihlaline ilişkin iddialarda olayın tüm yönlerinin ortaya konması ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesidir. Bu hak bir sonuç yükümlülüğü öngörmeyip adli kovuşturmaların mahkûmiyet veya belirli bir hüküm alma ile sonuçlanmasına yönelik kesin bir zorunluluk bulunmamakla birlikte mahkemeler hiçbir koşul altında yaşamı tehdit eden suçların, fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yapılan ağır saldırıların cezasız kalmasına, af ya da zamanaşımına uğramasına izin vermemelidir. Aksi hâlde devlet, kişilerin yaşamı ile fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğü yerine getirilmemiş olacaktır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 77).

42. Ancak HAGB kurumunun varlığının devletin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olduğunu öngörmek mümkün değildir. HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakmaktan ibarettir. Dolayısıyla her olayın koşulları çerçevesinde failin fiiliyle orantılı ceza alıp almadığı değerlendirmesi yapılırken HAGB kurumunun uygulanabilirliğinin tartışılması gerektiği muhakkaktır (*Hatun Horuz ve Zemci Horuz*, B. No: 2017/17723, 3/11/2020, § 66).

43. AİHM de 5271 sayılı Kanun ile düzenlenen HAGB kararının faillerin cezadan muaf tutulması ile sonuçlandığını, çünkü belirtilen müessesenin uygulanması sonucunda - failin denetimli serbestlik tedbirlerine uyması koşuluyla- verilen kararın içerdiği ceza ile birlikte tüm hukuki sonuçlarıyla ortadan kalktığını ifade etmektedir (*Kasap ve diğerleri*, B. No: 8656/10, 14/1/2014, § 17). Ancak yine AİHM üçüncü kişiler arasında gerçekleşen kasten yaralama olayına ilişkin mevcut davaya özgü koşulları dikkate alarak ceza davası sonucunda



verilen mahkûmiyet hükmünün yeterli caydırıcı etkiye sahip olduğunu ve HAGB kararının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamelelere karşı bireylerin korunmasının amaçlandığı caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kılmadığını belirterek devletin, Sözleşme'nin 3. maddesi gereğince üstüne düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirdiğini de dile getirmiştir (*Çalışkan/Türkiye*, B. No: 47936/11, 1/12/2015, § 52).

44. Başka bir anlatımla kural olarak HAGB, başlı başına cezanın caydırıcılığını ortadan kaldıran bir kurum değildir. Ancak HAGB kararının verilmesi noktasında eyleme kamu görevlilerinin bir dahlinin olup olmaması, mağdurun ve failin yaşı ile cinsiyetleri, eylemin süresi ve şiddeti gibi her somut olayın koşullarına göre incelenmesi gereken bazı kriterlerden bahsedilebilecektir. Somut olayın özelliklerine göre doğru uygulanması halinde HAGB kararı da suç ve suçlulukla mücadelede yeterli caydırıcılığı sağlayabilir (*G.O.*, B. No: 2016/2470, 15/1/2020, § 60; *A.S.Y.*, B. No: 2015/4213, 15/11/2018, § 68, 69; *Umut Tamaç*, B. No: 2014/13514, 18/7/2018, § 106; *Çalışkan/Türkiye* (k.k.), §§ 46-52).

45. HAGB kurumunu düzenleyen itiraza konu kurallarda işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği durumlarda HAGB kararı verilemeyeceğine dair kazuistik bir düzenleme yapılmaması itiraz konusu kuralları Anayasa'ya aykırı hale getirmeyecektir. Bu yönde bir düzenleme yapılması ve HAGB kararının verilemeyeceği suçların yeniden belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Ancak HAGB kurumunun uygulanmasının ihtiyarılığı de gözetilerek, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin eylemlerde anılan kurumun Anayasa'nın 17. ve Sözleşme'nin 3. maddesi gözetilerek uygulanmamasına dair mahkemelerin takdir yetkilerine başvurmaları mümkündür.

46. Açıklanan nedenlerle, düzenlemenin iptali yönündeki çoğunluk kararına katılmamıştır.

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
Recai AKYEL

Üye  
Selahaddin MENTEŞ

Üye  
İrfan FİDAN

Üye  
Muhterem İNCE