

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa Mahkemesinin 2007/14 Esas sayılı kararında, 5320 sayılı Yasa'nın 13 ncü maddesinin Anayasa'nın 36 ncı maddesi ile bağlantısı kurulamayarak, itiraz başvurusunun reddine karar verildiğinden, bu düzenleme hakkında mahkememizce farklı gerekçeler ve nedenler ve Anayasa'nın farklı maddeleri de dayanak alınarak bu başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararında, mahkememizin itiraz nedenleri, dayanakları ve gerekçelerinin tamamı irdelenip tartışılmadığından, bu nedenle olayda Anayasa'nın 152/son maddesinin uygulanması yoluna gidilemeyeceğinden, mahkememizce bu itiraz başvurusu yapılmıştır.

İkinci başvuru nedeni hakkında önceden verilmiş bir Anayasa Mahkemesi kararı söz konusu olmayıp, üç ve dört numaralı bentlerde başvurulacak konularda da, Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararları yönünden aynı durum söz konusu olduğundan, bu başvurunun yapılması yoluna gidilmiştir.

B- OLAY

Katılan mağdur ..., olay tarihinde 18 yaşını doldurmadığı için, vekili yoksa isteği olmasa bile CMY 234/(2) ve 239/(2). maddeleri uyarınca bir vekil bulundurması zorunlu olduğundan, yasanın bu emredici kuralı uyarınca mahkemenin isteği üzerine baro tarafından, Av. ... vekil olarak görevlendirilmiştir. Ayrıca CMY 236/(3). maddesi uyarınca ifadesi alınırken, zorunlu olarak aynı zamanda ücret takdirini gündeme de getiren bilirkişilik hükümleri çerçevesinde psikolog da hazır bulundurulmuştur.

Yine sanıklar .. ve .. vekili Avukat ...'ın, her üç sanığın da vekilliğinden çekildiğini yazılı olarak bildirmesi üzerine, bu durum sanıklara tebliğ edilmiş, sanıklar artık yeni bir avukat tutacak maddi güçlerinin kalmadığını, baro tarafından ücretsiz avukat görevlendirilmesini talep etmişler, haklı görülen talep karşısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6/3-c maddesi de gözetilerek, ayrıca sanık ...'te yine olay tarihinde 18 yaşını doldurmadığı için, müdafii olmasa bile CMY 150/(2). maddesi uyarınca bir müdafii bulundurması zorunlu olduğundan, yasanın bu emredici kuralı uyarınca mahkemenin isteği üzerine baro tarafından, aralarında çıkar çatışması bulunmadığından Av. ... sanıklara müdafii olarak görevlendirilmiştir.

Sanıklara atılı yaralama, kişi özgürlüğünden yoksun bırakma ve hakaret suçlaması, CMY 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamı içinde kalan niteliktedir.

Sanıklar hakkında olası bir mahkûmiyet kararı verildiğinde, İHAS'ın 6/3-c maddesi uyarınca, ücretsiz yararlanmaları gereken müdafii ücretleri, 5320 sayılı Yasa'nın 13/1 maddesi uyarınca, yargılama giderlerine eklenip sanıklardan tahsili yoluna gidilmesi söz konusudur.

Sanıklar, vekillerinin çekilmesi üzerine, artık yeni bir vekil tutacak güçte olmadıklarını belirtip ücretsiz avukat talebinde bulundukları ve bu talepte yerinde görüldüğü için, baro tarafından söz konusu görevlendirmeler yapılmış iken, mahkûmiyet kararı durumunda İHAS'ın

6/3-c maddesine aykırı biçimde 5320 sayılı Yasa'nın 13 ncü maddesi gündeme gelmektedir. Ayrıca doğal olarak, tüm yargılama giderleri hazine tarafından karşılanırken, bu giderlerin de hazine değil, Adalet Bakanlığı bütçesinden sarfedilmesinin öngörülmesi ve bu konuda devlet hazinesinin Adalet bakanlığına kaynak aktararak Bakanlık bütçesinin sarfinin zorunlu tutulması, savunma ve de mahkemelerin bütçe yönünden bağımsızlığına da açıkça aykırılık yaratmıştır.

Yine sanıklar hakkında olası bir mahkûmiyet kararı verildiğinde, zorunlu olarak atanan katılan mağdur vekili ücreti de sanıklara yüklenecektir.

Aynı şekilde CMY 324/(5) nci maddesinde düzenlenen hüküm kapsamına alınmayarak, katılan mağdur için CMY 236/(3) maddesi uyarınca zorunlu olarak yapılan tercüman gideri kapsamındaki uzman giderleri de olası bir mahkûmiyet kararı halinde sanıklara yüklenecektir.

Bu durumlar, bir mahkûmiyet kararı sonucunu doğurmayan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumu söz konusu olduğunda dahi CMY 325/(2) maddesi uyarınca gündeme gelecektir. Oysa hükmün açıklanmasının geri bırakılması, CMY 223 ncü maddede bir hüküm olarak bile sayılmamış, bu madde uyarınca hüküm ya aykırı davranış karşısında geri alınıp açıklanan hüküm, ya da aykırı olmayan davranış karşısında düşme kararı olarak gösterilmiştir. Hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı evrensel ve anayasal kuralı karşısında, yargılama giderlerinin de, mahkûmiyetin bir sonucu olması gözetildiğinde, CMY 324 ve 325 nci maddeler de bu anlayışla düzenlenmesine rağmen, Anayasal ilkeler sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden gözetilmemiştir.

Yine dava sonucunda sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması da söz konusu olabilecektir ki, anılan kurum da Anayasal ilkelere aykırı biçimde düzenlenmiştir.

C- AÇIKLAMALAR

CMY 223. maddesinde, dava sona erdiğinde hüküm verileceği, hükümle de ne tür kararlar verilebileceği açıkça gösterilmiştir. Mahkûmiyet kararı, bu kararlardan bir tanesidir. 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen CMY 231. maddesinde öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, mahkûmiyet kararı verilebilecek durumda, bu karar verilmeyerek, bu karar öncesinde gündeme gelen bir karardır.

CMY 231/(5). maddesinin son cümlesinde ifade edildiği üzere (mahkûmiyet öncesinde mahkûmiyete yönelik) kurulan ve CMY 231/(12). maddesi uyarınca itiraz edilebilir nitelikteki bu hükmün açıklanması geri bırakılması kararı ile aslında hüküm açıkça ortaya konulmakta yani gerçekte açıklanmakta, ancak bu hüküm CMY 231/(10)-(11). maddesinden de anlaşıldığı gibi nihai hüküm niteliği de taşımamakta, CMY 231/(11). maddesinde ifade edilen ve ortaya çıkacak nihai mahkûmiyet hükmü ise, bu hükümle özde örtüşmektedir.

CMY 231/(5)-(14). maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda kurulan (mahkûmiyete yönelik) hükmün, sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmadığı CMY 231/(5). maddesinde açıkça ifade edilmiştir. CMY 231. maddesindeki düzenlemelere göre hükmün açıklanması geri bırakıldığında, aslında hüküm açıklanmış olmakta, gerçekte açıklanması geri bırakılan ise hükmün kendisi değil, geri bırakılan sadece hükmün doğacak hukuki sonuçları olmaktadır.

CMY 325/(1). maddesinde, ceza veya güvenlik tedbirlerine mahkûmiyet halinde, bütün yargılama giderlerinin sanığa yükletileceği ifade edilmiştir. CMY 325/(2). maddesinde ise erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda da ilk fıkra hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir.

Ertelleme kararı, yine ceza veya güvenlik tedbirlerine mahkûmiyet kararları, sonuç itibarıyla mahkûmiyet kararlarıdır. Bir taraftan açıklanmadığı ifade edilmesine rağmen açıklanan ve de nihai hüküm niteliği taşımayan, öte taraftan da hukuki sonuçları geri bırakılan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla, CMY 231/(10). maddesindeki düşme halini de beklemeden ve gözetmeden, adeta mahkûm olmuş gibi sanığa yargılama giderlerinin yüklenmesi demek, doğmayan hukuki sonuçlarına, hukuki sonuçlarının da ancak CMY 231/(11). maddesindeki koşullar durumunda doğacak ve açıklanacak olmasına rağmen, sanık; hukuki sonuçları ortaya çıkmış gibi, yani mahkûm olmuş gibi CMY 325/(2). maddesi gereğince yargılama giderlerine muhatap edilmektedir.

Hükmün açıklanması geri bırakılması durumunda, beş yıllık deneme süresi içinde öngörülen koşulların ihlal edilmesi halinde, davayı sonuçlandırmak için CMY 231/(11). maddesi uyarınca kurulacak (mahkûmiyete ilişkin) yeni hükümle, sanığa kuşkusuz yargılama giderleri hükmedilecektir. Kaldı ki, öngörülen beş yıllık deneme süresi içinde, koşulları ihlal etmeyen sanık hakkında CMY 231/(10). maddesi uyarınca, bu hüküm ele alınarak dava sonuçlandırılıp, nihai olarak düşme kararı verilecektir. Düşme kararı verilmesi durumunda, CMY hükümlerine göre sanığa yargılama giderleri hükmedilmemektedir. Bu durum ceza yargılaması sistematğinde tüm düşme kararları için geçerlidir.

İlerde hakkında düşme kararı verilebilecek sanık hakkında, deneme süresinin sonu beklenmeden adeta mahkûm gibi yargılama gideri hükmedilmesi, deneme süresi söz konusu olmadan genel maddelere dayalı düşme kararı verilenler ile deneme süresi sonunda CMY 231 nci maddeden hareketle düşme kararı verilenler arasında farklılık yaratmaktadır.

Yine hükmün hukuki sonuçları doğmayan sanık hakkında deneme süresi sonunda düşme kararı verildiğinde yargılama giderlerine hükmedilmeyecek, oysa daha önceki aşamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla yargılama giderlerine hükmedilecek olup, bu durum Anayasa'nın 10/son maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır. Bilahare sanık, kendisinden tahsil edilen bu yargılama giderlerini geri almak gibi bir sürece sokulmaktadır ki, bu da çağdaş ceza yargılaması yönünden hukuk devleti kurallarıyla da bağdaşmamaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, davayı esastan sonuçlandıran bir karar değildir. Bu kararın verildiği hallerde davayı esastan sonuçlandıran karar, deneme süresi sonunda CMY 231/(10)-(11). maddesi uyarınca verilecek kararlardır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aslında mahkûmiyet hükmü kurulmadan verilebilecek bir durma kararı ile söz konusu olabilecek iken, hüküm yazılıp açıklanarak, ancak açıklanmasının geri bırakılması denilmesine rağmen, (yargılama giderleri dışındaki) hukuki sonuçları geri bırakılarak, hukuki sonuçları doğmayan nihai hüküm öncesi böyle bir kararla, sonuçta sanık mahkûm gibi peşinen suçlu gösterilmektedir. Oysa Anayasa'nın 38/4. maddesi uyarınca hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz denilmektedir. Bir kimsenin, suçluluğu hakkında kesin bir algı yaratılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Verilen kararın, mahkûmiyet kararlarının işlendiği adli sicil kaydı yerine yargı organları dışında erişime kapalı başka bir yere işlenmesi de bu durumu değiştirememektedir. Kişi mahkûm olmamasına rağmen, sonuçta mahkûm olmadığını gösteren bir karar ibraz edememektedir.

Hakkında CMY 235/(11). maddesi uyarınca "nihai" mahkûmiyet kararı kurulmayan sanık hakkında, nihai mahkûmiyet kararından önce (açıklandığının geri bırakıldığı belirtilmesine rağmen) açıklanarak CMY 235/(5). maddesi çerçevesinde karar verilmesi, Anayasa'nın 38/4. maddesine açıkça aykırıdır. CMY 235/(11). maddesi uygulanmadan yani nihai mahkûmiyet kararı verilmeden önce yargılama giderlerine hükmedilmesi de, suçlu görülmek anlamını ayrıca taşıdığından, bu durum da ayrıca yine Anayasa'nın 38/4. maddesine aykırıdır.

Hakkında CMY 235/(10) ve (11). maddesi uyarınca nihai hüküm kurulmadan önce, mahkûmiyet halindeki olası hükmün içeriğinin açıklanması, belirtilen şekilde, nihai hüküm öncesi (hakkında düşme kararı da verilebilecek) kişiyi suçlu göstermek anlamını taşıdığından, Anayasa'nın 38/4. maddesine aykırılık söz konusudur. Anılan karar, adli sicil dışında ayrı bir yere kaydedildiği ve bu karara sadece yargı organlarının erişiminin söz konusu olduğu düzenlense bile, söz konusu karar itiraza tabi bir karardır. Dolayısıyla itiraz hakkı olan herkese tebliğ edilmesi gereken bu karar, davada katılan sıfatı olan kişinin de eline geçmektedir. Cumhuriyet savcısına da tebliğ edilmektedir. İtiraz için gönderilen bu kararların içeriğinin açıklanmasını yasaklayan bir hüküm söz konusu değildir, olamaz da. Bu nedenle anılan kararlar, tazminat gibi hukuk davalarında da kanıt olarak kullanılabilir.

Dolayısıyla, nihai hüküm öncesinde, sanığı suçlu gösterme hali ve bu boyutlarıyla mahkûmiyet kararı gibi sonuç doğurma hali, hatta daha sonra düşme kararı koşulları ortaya çıksa bile, verilecek düşme kararının bu durumu tüm etkileriyle ortadan kaldırmaması karşısında, bu durumda temyiz yasa yolu da elinden alınan sanığın, bu şekilde hak arama özgürlüğü yönünden hukuki güvenliği de ihlal edilmektedir. Çünkü bu kararlar tazminat gibi hukuk davalarında kanıt olarak kullanılabilir. Düşme kararları temyiz yolu açık olan kararlardan ise de, düşme kararı halinde sanık temyiz yolunu her boyutuyla tartışmasız biçimde etkin olarak kullanamamaktadır. Ayrıca hükmü temyiz edebilmesi durumu ise tam beş yıl sonra CMY 231/ (10). maddesi çerçevesinde verilecek kararla ortaya çıkmaktadır ki, bu süre de zaten hukuk davası sonuçlanmakta ve hatta temyiz denetiminden dahi geçmektedir.

Yine hükmün açıklanması geri bırakılması kararı verildiğinde, bu karara itiraz edilebilse de, kararı temyiz yoluna taşımanın yolu, yeni bir suç işlemek ya da yükümlülüklere aykırı hareket etmek, bu şekilde de mevcut davada yeni bir mahkûmiyet kararı ortaya çıkmasını sağlamak olarak öngörülmüştür. Ancak kişi bu durumda, işlediği yeni suç için ayrıca yeni bir soruşturma ve kovuşturma baskısı altına girmektedir. Mevcut davadaki yeni hükmü temyiz yoluna taşımak ise beş yıllık bir süreç alabilmektedir. Hükmü temyiz yoluna taşıyabilmenin aracı veya yöntemi yeni bir suç işlemek olmamalıdır.

Her ne kadar, öncesinde itiraz, sonrasında ise temyiz gibi iki yasa yolunun benimsendiği söylenebilirse de, mevcut davada kurulacak ilk hükümdeki ceza miktarı itibarıyla gerçekte temyiz denetimine açık olması gereken bir hüküm için, böyle bir tablonun ortaya çıkması kabul edilebilir değildir. Bu yönüyle de söz konusu kurum, Anayasa'nın insan haklarına saygı ve hukuk devletine ilişkin 2., hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

CMY 231/(5). maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla, yargılama giderleri boyutu dışında hükmün hukuki sonuçlarının açıklanması geri bırakıldığından, bu karar adeta koşullu bir durma kararı niteliğindedir. Ancak bu kurumun uygulanırılığı, belirli bir miktarın altında cezaya hükmedilme koşuluna bağlandığından, kararın bu ceza miktarı yönünden denetlenebilir olması açısından, hükmün içeriği ortaya

konulmaktadır ki, bu durumda da yukarıda belirtilen Anayasa kurallarına aykırılık ortaya çıkmaktadır. Bu da düzenlemenin, çelişki, tutarsızlık içerdiğini göstermektedir. Böyle bir düzenleme, hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerden etkin olarak yararlanma konusunda, düzenlemelerin anlaşılabilir, bilinebilir, belirli olması ölçütlerini de açıkça ihlal etmektedir.

Çağdaş ceza hukuku, cezalandırmadan çok iyileştirici önlemlerin uygulanması anlayışına dayanmaktadır. Anılan kurum da bu amaçla getirilmiş ise de, düzenlemenin içeriği, anayasal boyutta bir çok aykırılık yaratmıştır. Hukuk sistemimizde, benzeri kurumlar söz konusudur. Erteleme kurumu en yakın benzeri bir kurumdur. Ancak erteleme kararı, bir mahkûmiyet kararıdır, nihai bir karardır, mahkûmiyet kararının sonuçlarını da doğuran bir karardır. TCY 51. maddesinde düzenlenen erteleme halinde, kararın kesinleşmesi sonrasında öngörülen deneme süresi içinde koşullara aykırı hareket edilmediği takdirde, hüküm infaz edilmiş sayılmaktadır.

CMY 223/(1). maddesinde yazılı mahkûmiyet kararı dışındaki diğer hallerde o kararların verilecek olması, mahkûmiyet kararı verilebilecek durumda ise, bu mahkûmiyet kararı öncesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilecek olması karşısında, verilecek kararın da denetlenebilir olması yönü de gözetilerek, bu yönden bu kararın içeriğinin ortaya konulmasının amaçlandığı düşünüldüğünde, anayasal boyutta aykırılık ortaya çıkmaması için, örneğin hükmü açıklayıp TCY 51. maddesindeki gibi erteleyerek (koşullarına göre) infaz etmiş sayılma yoluna gidilmediğine de göre; gerçekte hüküm asıl hüküm öncesinde açıklanıp hukuki sonuçlarının "koşullu" ertelenmesi yoluna gidildiğine, koşullara uyulduğunda asıl hükümden vazgeçilmesine, koşullara uyulmadığında ise asıl hükmün açıklanması yoluna gidildiğine göre, söz konusu kurumun anlaşılabilir, bilinebilir, uygulanabilir olmayan içerikte düzenlenmesi, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilke ve kurallarıyla bağdaşmamaktadır.

Örneğin TCY 66 ve 67. maddelerine göre (onsekiz yaşından büyük olanlar için) en kısa dava zamanaşımı süresinin sekiz yıl ve zamanaşımının kesilmesi halinde bu sürenin oniki yıl olduğu, on beş ile onsekiz yaş grubu arasındakiler için bu sürenin üçte ikisinin esas alındığı hatırlandığında, CMY 231/(8). maddesinde öngörülen deneme süresi içinde zamanaşımının duracağı kabul edilmesi karşısında, böyle bir durumda iyileştirme amacıyla getirilen bu kurum nedeniyle, kişiler onyediyıl, on beş ile onsekiz yaş grubu arasında olanlar ise onüç yıl boyunca ceza tehdidi ve ceza davası baskısı altında da kalabilecektir ki, bu durum açıkça orantısız bir tablo ortaya çıkarmaktadır. Burada deneme süresi için "beş yıla kadar" değil "beş yıl" gibi bir sürenin öngörülmesi, davanın sonuçlanma ve CMY 231/(10)-(11). maddeleri çerçevesinde nihai hükmün ortaya çıkmasını olabildiğince uzatmaktadır. Dava, suçun işlendiğinde en hızlı bir biçimde hemen sonuçlansa dahi, böyle bir karar verilmesi durumunda, nihai hüküm en erken beş yıl sonra ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir orantısız ve ölçüsüzlük Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Ayrıca davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına yönelik Anayasa'nın 141/son maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidildiğinde deneme süresi sonunda davaya bakacak yargıç, CMY 231/(10)-(11). maddeleri çerçevesinde karar vereceği zaman, bu yargıcın önceden görüşünü açıklamış olması durumu da, tarafsızlık yönünden ayrıca tartışmalı durum yaratmaktadır. Oysa yargılamanın yenilenmesi durumunda, önceden karar vermiş olan yargıcın sadece CMY 311/(1)-c maddesi durumunda değil, her durumda yargılamanın yenilenmesi ilişkin davada yer alamayacağı CMY 23/(3). maddesinde açıkça öngörülmüştür. Buradaki amaç, yargıcın daha önce görüşünü açıklamış, tarafsızlığını kaybetmiş olmasıdır.

Aynı durumun hükmün açıklanmasının geri bırakılması sonrasında ele alınacak dava için öngörülmemesi, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti, 10. maddesindeki eşitlik ve 36. maddesindeki adil yargılanma kurallarına da aykırılık yaratmaktadır. Bu da hükmün açıklanması geri bırakılması kurumunun uygulanabilirliğini, benzeri bir çok kurum var iken, ceza hukuki sistematığı ile uyumlaştırılmadan yasaya konulduğunu, bu durumun da hukuk devleti yönünden ayrıca belirsizlikleri artırdığı için tartışmalar yarattığı açıkça ortadadır.

Hükmün açıklanması geri bırakılması durumunda, hukuki sonuç doğurmamasına rağmen, içeriği ortaya konulduğu için bu nihai olmayan hüküm, sonuçta kişinin suçlu olarak görülmesine neden olmakta, suçsuz bir algı yaratmamakta, masumiyet halini ortadan kaldırmaktadır. Oysa ortaya henüz son, yani nihai bir hüküm çıkmış değildir. Masumiyeti bu süreçte esas olan kişi, nihai mahkûmiyet hükmü ortaya çıkmadan mahkûm gibi yargılama gidenlerine de muhatap edilmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla ya da bir mahkûmiyet kararıyla mahkûm edilen yargılama giderleri içinde de, CMY 324/(1). maddesi uyarınca, tarifesine göre hükmedilen avukatlık ücretleri ile "devlet hazinesinden" yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yer almaktadır.

Anayasa'nın 90/son maddesi gözetilerek, Lozan Antlaşmasının 39. ve İHAS 6. maddesi uyarınca Türkçe bilmeyen şüpheli, sanık, mağdur ve tanık için görevlendirilen kişiler için yapılan giderlerin yargılama giderleri kapsamında sayılmayacağı ve "devlet hazinesinden" karşılanacağı CMY 324/(5) maddesinde yerinde olarak belirtilmiştir.

5560 sayılı Yasa ile değişik 5320 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde, soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafî ve vekile "ayrıca" belirlenecek "tarifeye göre" avukatlık ücreti ödeneceği, bu ücretin "Adalet Bakanlığı" bütçesinde bu amaçla yer alacak "ödenekten" karşılanacağı ve bu ücretin yargılama gideri de sayılacağı ifade edilmiştir.

CMY 324/(1). maddesindeki ve 5320 sayılı Yasa'daki düzenleme karşısında, 5320 sayılı Yasa'nın 13. maddesinden hareketle ödenecek ücretlerinde yargılama giderleri kapsamında değerlendirildiğinde bir duraksama yoktur.

CMY incelendiğinde, yargılama giderleri konusunda esas olan anlayış, bu giderlerin her durumda devlet hazinesinden yapılması, mahkemelerin böylece bütçe olarak bağımsızlıkların sağlanmasıdır. Aynı anlayış 5320 sayılı Yasa'ya taşınmamış, daha doğrusu 5320 sayılı Yasada önceden yer alan düzenleme aynı paralelde iken, yapılan değişiklikle halen yürürlükteki sapma hali ortaya çıkmıştır. Böylece devlet hazinesi yerine, bakanlık bütçesinin kullanılması, Bakanlığın yaklaşımına göre bu ödeneği istediği yere istediği biçimde aktarması, baroların, mahkemelerin, savunma makamının bütçe yönünden de bağımsızlığını, yürütme karşısında ortadan kaldırmaktadır. Bu durum anılan haklardan bir hukuk devletinde, hukuk devletinin gereği gibi, etkin biçimde yararlanma ortamını bozmaktadır. Yargının bağımsızlığını sağlayan ortam bozulmakla, adil yargılanma yönünden de aykırı durumlar ortaya çıkmakta, bu yolla Anayasa'nın 2, 36 ve 138 nci maddeleri açıkça ihlal edilmektedir. Anayasa'nın 135/5 nci maddesi, bu aykırılığı ortadan kaldıran bir madde değildir, o şekilde de yorumlanamaz.

Kendisini yaşı ya da maddi durumu nedeniyle savunamayacak durumda olduğu için, mahkemenin istemi üzerine Anayasa'nın 36/1. ve İHAS 6/3-c maddesi uyarınca adil

yargılamanın sağlanması için "zorunlu olarak" görevlendirilen müdafî ve vekil ücretlerinin, yargılama giderleri kapsamında değerlendirilmesi ve sanığa yükletilecek olması, müdafî ve vekil görevlendirmeyi gerekli kılan düşünce ile bağdaşmamaktadır.

Bu anlayış uyarınca, yargılamaya "zorunlu olarak katılan" müdafî ve vekil ücretlerinin yani savunman ücretlerinin İHAS'ın 6/3-c maddesi gözetilmeksizin sanığa yükletilmesi benimsenmektedir ki, bu durum soruşturma ve kovuşturmada yine (zorunlu olarak) yer alan Cumhuriyet savcısı ve yargıç maaşlarının da orantısız olarak yargılama giderlerine katılmasının ileri sürülmesinden farklı değildir ki, böyle bir durum asla savunulamaz. Mahkemeden içeriye sanık olarak adım atmak, bir yargılama için yapılması gereken bu zorunlu masrafları peşinen sanığa yüklemek sonucunu da doğurmamalıdır. Sanığa yüklenmeyen neredeyse bir elektrik gideri kalmaktadır. Yargılamayı yapmak ve yargılamayı da adil yargılama içerisinde sonuçlandırmakla görevli olan hukuk devleti, kuşkusuz anılan giderlere katlanması gereken; bir devlettir. Bu nedenle bu düzenleme, Anayasa'nın hukuk devletine ilişkin 2., adil yargılanmaya ilişkin 36. ve davaların en az giderle sonuçlandırılmasına ilişkin 141/son maddesine aykırıdır.

Ayrıca söz konusu hallerde müdafî ve vekil görevlendirme hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için, ceza yargılaması için yapılacak bu giderlerin de CMY 324/(5). maddesindeki gibi devlet hazine içinden yapılması yoluna gidilmeyerek, yürütme organı bütçesi içine konulup bu bütçeden harcanabildiği ölçüde söz konusu hakların kullanılabilir olması hususu da, yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın 138. maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığı ve de savunmanın bağımsızlığı kurallarıyla açıkça çatışmaktadır.

Yargılama için zorunlu olarak görevlendirilecek müdafî ve vekil için kullanılacak bütçenin, (daha önce devlet hazinesinden doğrudan TBB hesaplarına aktarılarak anılan hakkın yürütme vesayeti altında kalmadan etkin kullanımı sağlanırken ve bu da yargılama sürecine yargı bağımsızlığına uygun biçimde yansırken, dolayısıyla CMY 324. maddesi paralelinde düzenlemeye gidilmiş iken) 5560 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, bu kaynağın yürütme biriminde (Adalet Bakanlığı'nda) olması, mahkemelerin ve savunma makamının etkin olarak görev yapmasını engelleyici niteliktedir. Burada Lozan Antlaşmasının 39 ncu, CMY' 324 ncü maddesine paralel düzenleme yapılması yoluna gidilmemekle, mahkemeler ve barolar üzerinde bütçe yönünden bağımsızlıkta açıkça ihlal edilmiştir.

Kaldı ki, açıklandığı üzere bu giderler, yargılama giderleri kapsamına da alınmamalı iken aksi yapılmıştır. Mahkemelerin, yargılama yaparken Adalet Bakanlığı bütçesini kullanır duruma sokulmaları, hiçbir biçimde mahkemelerin bağımsızlığı kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Bu kural, davanın adil yargılanma içinde yürütülmesi için, anılan kaynağın yürütme birimi tarafından kullandırıldığı ölçüde avukatların katılımını etkileyici boyut taşıdığından, adil yargılanmanın sağlanması yönünden bu davada uygulanacak boyut taşımaktadır.

Yine kaldı ki, uygulama ile benimsenen genel kural uyarınca, sanıklar hakkında beraat kararı verildiğinde, kendilerini vekaletnameli vekil ile temsil ettirmeleri durumunda, sanıklar yararına vekalet ücretine hükmedilmekte, bu ücrette hazine tarafından ödenmektedir. Çünkü yargılama, bir yürütme veya bakanlık faaliyeti değildir. Bu nedenle beraat halinde doğal olarak bu gidere katlanmayan ve bütçesi kullanılmayan Bakanlığın, anılan düzenlemeye konu durumda da ayrıca bütçesinin kullanılmaması gerekmektedir. Hazinesinin bu kaynağı Adalet Bakanlığına değil, bağımsız savunma örgütlerine aktarması gerekmektedir.

Mağdur çocukların, yargılamada tanık olarak dinlenmesi gerektiğinde, CMY 236/(3). maddesinde, bu dinlemenin teknik uzmanlar eşliğinde yapılması gerektiği belirtilmiştir ki, bu teknik uzmanlar için bilirkişilik hükümlerinin uygulanması da ayrıca ifade edilmiştir. Bilirkişilik kapsamında söz konusu olan bu işlem uyarınca CMY 72. maddesi uyarınca ücret takdir edilmesi gerektiği, bu ücretin de CMY 324/(1). maddesi uyarınca yargılama giderleri içinde yer aldığı tartışmasızdır.

Oysa Türkçe bilmeyen sanık, tanık, şüpheli, mağdur için yapılan tercüman giderleri ki, bu giderler de adil ve etkin bir yargılama için bilirkişi giderleri kapsamında yapılmaktadır ve CMY 324/(5). maddesi uyarınca devlet hazinesinden ödenerek yargılama giderlerine dahil edilmemektedir Zorunlu olarak görevlendirilen müdafî ve vekil için yapılan giderler de, bu görevlendirmenin gerekliliğine aykırı biçimde, 5320 sayılı Yasa'nın 13. ve CMY 324(1). maddeleri uyarınca yargılama giderleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hallerde, yani İHAS'ın 6/3-c, CMY 150/(2)., CMY 234/(2), 239/(2). ile 236/(3). maddeleri uyarınca hükmedilecek giderler de CMY 324/(5). madde paralelinde, Anayasa'nın insan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkelerini içeren 2., eşitlik ilkesini içeren 10., adil yargılanma ilkesini içeren 36., davaların en az giderle sonuçlandırılmasına ilişkin 141/son maddeleri çerçevesinde yargılama giderleri kapsamında değerlendirilmemelidir. Devlet adil yargılamayı, bütçesi olanakları ölçüsünde değil, devlet olmanın gereği olarak her durumda sağlamak ve bu konudaki giderleri de yapmak ve katlanmak durumundadır.

Anayasanın 5. maddesi uyarınca, kişilerin huzur ve mutluluğunu sağlamak, devletin temel amaç ve görevleri arasındadır. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca da temel hak ve özgürlükler konusunda ancak, Anayasa'nın ilgili maddelerindeki nedenlere bağlı olarak ve yasa ile, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna bağlı da kalınarak, ölçülülük ilkesine uygun biçimde sınırlama yapılabilir. Kendisini savunamayacak kişi için görevlendirilen avukat ücretinin o kişiye yüklenmesi, nihai hüküm öncesi gerçekte açıklanan ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması adı verilen karar yoluyla suçlu algısı yaratılması, burada yasa yolunun itiraz olarak düzenlenerek sonuçta etkin hukuki denetimin ortadan kaldırılması, mahkûmiyet öncesinde ama bir mahkûm gibi yargılama giderlerinin yüklenmesi, masumiyet kuralının ihlal edilmesi, adil yargılama kurallarına aykırılık yaratılması boyutları da Anayasa'nın anılan maddelerine ayrıca aykırılık durumu ortaya çıkarmaktadır.

Bu açıklamalar karşısında Mahkememizdeki 2011/141 Esas sayılı davada uygulanacak kural niteliğinde bulunan;

5320 sayılı Yasa'nın 13/(1). maddesinin birinci cümlesindeki "Adalet Bakanlığı" ifadesi ile ikinci cümlesinin, yine CMY 150/(2), 234(2) ve 236/(3). maddeleri yönünden CMY 324/(1). maddesinin, yine CMY 325/(2). maddesindeki "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve" ifadesinin, yine CMY 231/(5). maddesinin ve bu maddeye bağlı olarak CMY 231/(6)-(14) hükümlerinin ve madde başlığındaki "ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" hükümlerinin, ayrıca CMY 254/(2) maddesinin 2-4. cümlesinin, Anayasa'nın 2, 5, 10, 13, 36, 38, 138. maddelerine aykırı olması nedeniyle Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmasına,

Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar da, Anayasa'nın 152/1. ve 152/3. hükümleri çerçevesinde davanın geri bırakılmasına, bu nedenle dosyanın onaylı örneğinin çıkartılarak dizi pusulasına bağlanarak, Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmektedir."