

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “mağdur ile şikâyetçinin hakları” başlıklı 234. maddesinde mağdur ve şikâyetçilerin soruşturma ve kovuşturma evresindeki hakları sayılmıştır.

Mağdur ve şikâyetçilerin kovuşturma evresindeki haklarını düzenleyen 234. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi şöyledir:

“b) Kovuşturma evresinde;

1- Duruşmadan haberdar edilme,

2- Kamu davasına katılma,

3- Tutanak ve belgelerden (...) (1) örnek isteme, (1)

4- Tanıkların davetini isteme,

5- (Değişik: 24/7/2008-5793/40 md.) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme,

6- Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma.”

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “katılanın hakları” başlıklı itiraza konu 239. maddesinin 1. fıkrası ise şöyledir:

“Mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir.”

5793 sayılı Kanun Değişikliği

Ceza Muhakemesi Kanununun 234. ve 239. maddelerinin ilk şeklinde müşteki, mağdur ve katılanın gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın “vekili yoksa, baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme” hakkı bulunmakta iken 24.7.2008 tarihli, 5793 sayılı Kanun değişikliği ile bu hak cinsel saldırı suçu ile alt sınır beş yıldan fazla olan suçlarla sınırlandırılmıştır.

Mahkememizde görülmekte olan dava 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 125/1. maddesi uyarınca hakaret ve 106/1-1. cümlesi uyarınca tehdit iddiasına dayanmaktadır. Her iki suçun cezasının kanundaki alt sınırı da beş yılın altındadır.

Mevcut düzenleme karşısında eldeki davada mağdur, müşteki veya katılanın kendisine barodan avukat tayin edilmesine dair talebinin kabul edilmesi mümkün değildir.

Yargılama hukukumuzda adli yardım müessesesi gerek 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda gerekse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak Ceza Muhakemesi Kanununda adli yardım müessesesi açık bir şekilde düzenlenmemiş olup şüpheli ve sanık için 147. ve 150. maddelerde; şikâyetçi, mağdur ve katılan için ise 234 ve 239. maddelerde düzenlemeler getirilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 178. maddesinde adli yardım müessesesi yer almakla birlikte aynı Kanunun 179. maddesinin 5. fıkrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki adli yardım hükümleri saklı tutulmuştur. 5320 sayılı Kanunun 3. maddesinde “Mevzuatta Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan yollamalar, Ceza Muhakemesi Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır” hükmü yer almaktadır. O halde eldeki davada müştekinin talebinin Avukatlık Kanununun 178 ve devamı maddeleri ile karşılanması da mümkün değildir.

Anayasanın 2. maddesi Bakımından:

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti bir “hukuk devleti” olarak nitelendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi bir çok kararında hukuk devletinin tanımını yapmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini “her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir. “(Anayasa Mahkemesinin 1985/31 esas, 1986/11 karar sayılı kararı) şeklinde tanımlamıştır.

Bir suç nedeni ile mağdur konuma gelmiş kişilerin soruşturma ve kovuşturma evresinde vekillerinin bulunmaması halinde kendilerine hukuki yardımda bulunacak bir avukatın görevlendirilmesini devletten isteme hakları olduğu gibi; bu hakkın belli suç tipleri veya suçların ağırlıklarına göre sınırlandırılması adaleti sağlamakla mükellef olan hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Mağdur ve müştekiler ceza yargılamasının birer süjesi olup onların suçtan gördükleri zarar nedeni ile suçun tipi veya kanundaki cezasının miktarı ne olursa olsun bir avukatın hukuki yardımından yararlanma haklarının bulunması gerekir. Zira suç nedeni ile zarara uğramış olma ihtimali bulunan mağdur ve müştekinin kendisini bir hukukçu ile birlikte temsil ettirmesinde her zaman menfaati vardır. Bu hali ile iptali istenen kurallar Anayasanın 2. maddesinde yerini bulan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 10. Maddesi Bakımından:

Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilmek suretiyle eşitlik ilkesi açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesi sürecinde sanık ve müdafii; cumhuriyet savcısı, müşteki, mağdur, katılan ve vekili birer süje olarak yer almaktadırlar. Esasen bu sistemde iddia makamı, savunma makamı ve yargılama makamı olmak üzere üçlü bir yapılanma söz konusudur. Ceza

muhakemesinde temel amaç hukuka uygun delillerle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında sanığın, katılanın ve kamunun ayrı ayrı menfaatleri vardır. Her ne kadar müşteki veya katılan yargılamada iddia makamının yanında yer alıyor olsa da iddia makamına organik anlamda bağlı olmayıp ve fakat kendine özgü hakları vardır. Zira Ceza Muhakemesi Kanununun dördüncü kitabı mağdur, müşteki ve katılanın haklarını düzenlemektedir.

Ceza muhakemesi sisteminde önemli yeri olan ilkelerden biri de silahların eşitliği ilkesidir. 5271 sayılı Kanunun ifade ve sorgunun tarzı başlıklı 147. maddesinde sanığın haklarının bir kısmı sayılmış ve aynı maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde “Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.” Müdafîin görevlendirilmesi başlıklı 150. maddesinin 1. fıkrasında da “Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir” hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlere bakıldığında sanığın müdafîi bulunmadığı durumda müdafî yardımından yararlanmak istediğini beyan etmesi halinde kendisine müdafîi görevlendirilmesi mümkündür. Burada suç tipi veya suçun cezasının ağırlığı gibi her hangi bir sınırlama söz konusu değildir. Her ne kadar sanık ceza muhakemesinde suç şüphesi altında bulunan kişi olarak yargılamanın her aşamasında kendini savunurken müdafîi olarak tanımlanan avukatın yardımından yararlanmasında menfaati olmakla birlikte; aynı yargılamada sanığın karşısında yer alan müşteki, mağdur veya katılanın avukat isteme hakkının suç tipleri veya suçun cezasının ağırlığı gibi ölçütlerle sınırlandırılması Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 36. Maddesi Bakımından:

Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir.

Anayasamızda “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” denilerek hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Buna göre kişiler yargı mercileri önüne uyuşmazlıklarını meşru yollardan olmak kaydı ile her türlü sınırlamadan uzak olarak getirmek ve sonuçta yargı mercilerinden adil bir karar beklemek hakkına sahiptirler. Adil yargılanma hakkı; muhakeme sürecine katılan süjelerinin eşit bir şekilde karşılıklı olarak iddia ve savunmalarını ortaya koymalarına imkan verilmesini gerektirir.

O halde Anayasanın 36. maddesi karşısında mağdur ve müştekinin sanık karşısında bir üstünlüğü olamayacağı gibi; sanık karşısında hak ararken daha avantajlı bir konumda olması da mümkün değildir.

Bu hali ile sanığın yargılandığı suç tipi ve cezası ne olursa olsun müdafîi olmadığı takdirde istemi halinde kendisine bir müdafîi tayin edilmesi mümkün iken; sanığın karşısında hak arayan müşteki, mağdur veya katılanın bu talebinin sadece cinsel saldırı suçu ile alt sınırı

beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlara hasredilmesi Anayasanın 36. maddesine aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi Ceza Muhakemesi Kanununun 234. maddesinin 1.fıkrasının (b) bendinin 3 numaralı alt bendine ilişkin 2011/37 Esas, 2012/69 Karar sayılı iptal kararında "...hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan, sav ve savunma haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyecek ve adil yargılanmaya engel olacak yasa kurallarının Anayasanın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı tartışmasızdır" görüşüne yer verilmiştir.

Yukarıda arz ve izah olunan sebeplerle mahkememizde görülmekte olan davada uygulanma ihtimali bulunan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 234. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin 24.7.2008 tarih ve 5793 sayılı Kanunla değiştirilen (5) numaralı alt bendinde yer alan "cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda" ibaresi ile 239. maddesinin 24.7.2008 tarih ve 5793 sayılı Kanunla değiştirilen 1. fıkrasında yer alan "cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda" ibaresinin iptaline karar verilmesi yüksek Mahkemenizden arz olunur."