

“... ”

a) Anayasa’nın 2. maddesine (Hukuk Devleti İlkesine) aykırılık:

Mahkememizce iptali istenen kanun maddesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu düşünülmüştür. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesinin 2008/38 E., 2010/39 K. sayılı kararında da hükmedildiği gibi hukuk devletinde yasa koyucu yetkisini kullanırken Anayasanın ve hukukun temel ilkelerine bağlı kalmalıdır. Yine Anayasa Mahkemesinin 1963/126 E., 1963/243 K. sayılı kararında da hükmedildiği gibi hukuk devletinin özünü devlet organlarının hukuka bağlılığı oluşturmaktadır. Hukuk Devleti insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran, bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan, bütün faaliyetlerinde hukuka uygun davranan devlettir.

Yukarıda açıkladığımız üzere istinaf mahkemelerinin CMK’nın 280., 286. ve 289. maddelerindeki sistematığe aykırı olarak aslında Kanuna koyulmasında bir yarar olmayan CMK’nın 284/1. maddesini dayanak yaparak hukuka aykırı uygulama yapmalarına sebep olan bu madde Hukuk Devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer yandan “...bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemez.” hükmü da aynı ilkeye aykırıdır. Çünkü Hukuk Devleti ilkesi her hangi bir kamu gücünü kullanan devlet kurumlarının tüm işlem ve eylemlerinde Anayasa, Kanun ve Hukukun Genel İlkelerine uygun davranmayı, aksi halde hukuki denetimi gerekli kılmaktadır.

Yargıtay kararlarına karşı itiraz ve karar düzeltme yolu ile kanun yararına bozma yolu açık iken istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yararına bozma yolunun dahi kapalı olması Hukuk Devleti ilkesine aykırıdır. (Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma yolunun kapalı olduğundan bahisle kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceğine dair yazısı Ek-5)

b) Anayasa’nın 9. ve 138. ve 140. maddelerine aykırılık:

Anayasa’nın 9. maddesinde yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağına hükmedilmiştir. 138. maddede ise, “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.” denilmektedir.

Anayasamızın 140. maddesinde hakimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri belirtilmiştir.

Yukarıda arz ettiğimiz ve Ek-1 olarak sunduğumuz dosyadan anlaşılabacağı üzere, ikinci derecede yargılama mercii olan istinaf mahkemesi Kanunun kendisine verdiği yetkiyi kötüye kullanarak ve bunun için de iptalini istediğimiz yasa maddelerini dayanak yaparak ilk derece mahkemesi hakimlerini vicdanlarına aykırı karar vermeye zorlamakta, yine bunun için bir baskı unsuru olarak da Kanun Yolu Değerlendirme Formu düzenlenme yetkisini kullanmaktadır.

Oysa mahkeme bağımsızlığı bir mahkemenin diğer mahkemeye karşı da bağımsızlığını gerekli kılar. Bunun bir sonucu olacak ki temyiz yolunda ilk derece mahkemesine Yargıtay kararına karşı ısrar etme hakkı tanınmıştır.

Yüksek mahkeme olmayıp, sadece ikili yargılama sisteminin bir gereği olarak ikinci kez yargılama yapmakla görevli istinaf mahkemesi kararlarına karşı direnme imkanının verilmemesine ek olarak bir hakimin diğer hakime not vermesi ve bu notun not verilen hakimin tayini, terfisi ve mesleki kariyerinde etkili olması yukarıda gösterilen ve Anayasa ile teminat altına alınan ilkelere aykırılık oluşturmaktadır.

Mahkememizin İptal talebine dayanak olan 2019/468 Esas sayılı davasında (Bozma öncesi 2018/411 Esas, 2019/106 Karar) sanık hakkında çocuğun cinsel istismarı suçundan dava açılmış, mahkememizce sanığın atılı suçu işlediğine dair delil bulunmadığı, hatta SANIĞA TUZAK kurulduğu düşünülerek hem sanığın beraatine karar verilmiş, hem de tanık ve mağdur hakkında suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir. İstinaf mahkemesi ise ısrarla davayı esastan çözmenin dışına çıkararak mağdurenin yaşı konusunda (Ki dosyada kemik yaşı raporu bulunmaktadır) mahkememizi yeniden rapor almaya zorlayarak şikayet yokluğu sebebiyle davanın düşmesine karar vermeyi amaçlamaktadır.

Oysa mahkememizin gerekçesi: “Sanığın halen 69 yaşında, iddia edilen suç tarihlerinde ise 67. yaşında olduğu, daha önceden kardeşi ...’ın kiracısı olan mağdura karşı cinsel istismarda bulunulduğu iddiasıyla şikayet edildiği, yapılan soruşturmada mağdurun cep telefonundan sanığa, mağdur çocuğa ve başka kişilere ait müstehcen görüntülerin elde edildiği, böylece sanığın tutuklandığı, sanık ile mağdurun birlikte çekilmiş fotoğraflarının kim tarafından çekildiğinin sorulması üzerine 27/03/2018 tarihli duruşmada bu fotoğrafları mağdur çocuğun kardeşi ...’in çektiğinin mağdur tarafından beyan edildiği, mağdur çocuğun daha önceki ifadelerinde sanık tarafından eski Sakarya Köprüsü civarına götürüldüğünü belirtmesine rağmen fotoğrafların bir konutun içinde çekildiğinin anlaşıldığı, müdahil Kardelene ait bazı çıplak fotoğrafların öz çekim yoluyla çekildiğinin anlaşıldığı, yani müdahilin iddia ettiği gibi sanığın zorla resim çekmediği, yine bir kısım fotoğrafların müdahilin kardeşi olan tanık ... tarafından çekildiği, yine HTS kayıtlarına göre mağdur çocuğun beyan ettiği tarihte sanığın mağdur çocuğu değil, mağdur çocuğun sanığı aramış olduğu, sanığın aşamalarda savunmalarında mağdur çocuk tarafından bir meyve suyu ısmarlaması bahanesiyle eve davet edildiği ve meyve suyunu içtikten sonra kendisinden geçtiğini savunduğu sabit olup sanığın atılı suçu işlediğine dair mahkumiyetine yeterli delil olmadığı düşünülerek beraatine karar verilmiştir.

Şöyle ki; mağdur çocuğun suç tarihinde 6-7 yaşında olan sanığın kendisini telefon ile çağırarak eski Sakarya Köprüsü civarındaki açıklık bir alana götürerek orada kendisini istismar ettiğini ve fotoğraflarını çektiğini savunmasına rağmen mağdur çocuğun olaydan sonra bir şikayeti olmadığı gibi çekilmiş olan fotoğrafların açık bir alanda değil bir ev ortamında çekildiğinin ve bazı fotoğrafların üçüncü bir kişi tarafından çekildiğinin anlaşılmaması, HTS kayıtlarına göre mağdur çocuğun beyanının aksine sanığın mağduru değil, mağdurun sanığı aradığının anlaşılmaması, yine sanığın telefonundan elde edilen fotoğrafların bazılarında fotoğrafı mağdur çocuğun öz çekim denilen yöntemle çekmiş olduğunun anlaşılmaması, yine mağdur çocuğun soruşturma aşamasında üçüncü bir kişiden bahsetmemesine rağmen duruşmada bazı fotoğrafları kardeşi ...’in çektiğini söylemiş olması, yine mağdur çocuk çıplak bir vaziyette iken sanığın fotoğrafların tamamında tüm kıyafetleri giyinik olarak görülmesi yine sanığın evde

kendisine ikram edilen meyve suyunu içtikten sonra kendisinden geçtiğini savunması ve sanığın bazı fotoğraflarda manasız bir şekilde baktığından da anlaşılacağı üzere sanığın bu savunmasının bazı fotoğraflarla desteklenmesi ve sanığın bir miras yüzünden yeğeni ... tarafından tuzağa düşürüldüğünü savunması karşısında sanığın atılı suçu işlediğine dair yeterli delil olmadığı, bilakis mağdur çocuk ile kardeşi ... ile Tanık ...'nın sanığa karşı şantaj yapmak için böyle bir yola tevessül ettiğine dair soruşturmayla yapmayı gerektirecek vurguların olduğu kanaatine varılarak sanık hakkında beraat kararı vermek gerekmiştir.” şeklindedir.

Bu gerekçe karşısında istinaf mahkemesinin mahkememizin kabulüne katılmaması halinde duruşma açarak ikinci kez yargılama yaparak hüküm kurması gerekirken iptalini istediğimiz maddeyi dayanak yaparak ve bunun için de yine iptalini istediğimiz 2802 sayılı Kanunun 28. maddesinin verdiği KYDF’nu düzenleme yetkisini kötüye kullanarak olumsuz not yoluyla hakimleri baskı altına alma imkanına sahip olması her iki düzenlemenin yukarıda belirttiğimiz Anayasal ilkelere aykırı olduğunun kanıtıdır.

Mahkememizce talepnamemizin ekinde ek-3 ve ek-4 olarak sunulan belgelerden anlaşılacağı üzere istinaf mahkemesi ile mahkememiz arasında suç vasfı (... dosyası) ve fiilen birleştirme imkanı olmayan davada (... dosyası) birleştirme konusunda görüş ayrılığı yaşanmış, ilk bozma kararlarında “olumlu/olumsuz kanaat edinilememiştir” notu veren istinaf mahkemesi, bu deva kararına karşı direnildiği için ikinci bozma kararındaki not fişinde heyete “ORTA NOT” vermiştir.

Oysa her iki dava dosyasında istinaf mahkemesinin bozma gerekçesi yaptığı birleştirme hususlarını karşılamak fiilen imkansızdır. Çünkü birleştirilmesi istenilen her iki dava da İstinaf mahkemesinin bozma ilamlarının tarihinden önce sonuçlanmış ve kesinleşmiştir. Bu bozmaları Yargıtay yapsa mahkememiz direnme kararı vererek fiilen birleştirme imkanı olmadığını ortaya koyabilecekken, istinaf mahkemesine verilen Anayasaya aykırı yetki sebebiyle direnme kararı verilemeyecek, iş çıkmaza girecektir.

Sadece bu örnek bile iptalini istediğimiz yasa maddelerinin hakimlik teminatını, mahkeme bağımsızlığını, hakimlerin vicdanlarına göre karar vermesi gerektiği ilkesini ne kadar zedelediğini ortaya koyacak mahiyettedir.

c) Anayasa’nın 141. ve 142. maddelerine aykırılık:

Anayasa’nın 141. maddesinde “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” denilerek yargılamada usul ekonomisi düzenlenmiştir.

Yine 142. maddesinde “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.” denilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız gibi iptali istenen düzenlemelerin verdiği olumsuz yetki ve ortaya çıkardığı çelişkili durum sebebiyle ikinci derecede yargılama mercii olup, büyük oranda onaylamadı hükümlerle ilgili kendisi yargılama yapmakla görevli ve yetkili olan istinaf mahkemelerinin hüküm bozup yeniden hüküm kurmak üzere ilk derece mahkemelerine göndermeleri sonucunda yargılamada usul ekonomisi ilkesine yani Anayasa’nın 141. maddesine aykırılık oluşmaktadır.

Çünkü örnekleri ekte sunulan (Ek-2) istinaf mahkemeleri ilamlarından anlaşılacağı üzere istinaf mahkemelerinin bir müzekkere ile isteyebilecekleri basit hususlarda bile bozma kararı verildiğinde ilk derece mahkemeleri duruşma açmak zorunda kalmakta, taraflara tebligat yapmakta, istinabe yazıları yazmakta, kısacası gereksiz masraf ve emek kaybına sebep olunmaktadır.

Diğer yandan iptali istenilen maddelerin bir sonucu olarak “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.” hükmü de ihlal edilmektedir. Çünkü CMK’nın 284. maddesindeki düzenleme aynı Kanunun 280. ve 289. Maddelerinin uygulanmamasına yol açmakta, bir anlamda bir kanun hükmü diğer kanun hükümlerini etkisiz kılmaktadır.

Açıkladığımız sebeplerle CMK’nın 284. maddesindeki düzenleme Kanunda hiç bulunmasa bu durum Kanunun ön gördüğü sistematığe daha uygun olacaktır.

d) Anayasa’nın 36. maddesine aykırılık:

Anayasa’nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Bu hak evrensel bir hukuk ilkesine dayanmakta olup, AHİS’in 6. maddesinde de mevcuttur.

Bu maddenin yorumlanması ile ilgili AHİM kararlarında, ceza isnatlarına ilişkin uyuşmazlıkların kanunla kurulmuş mahkemelerce görülmesi ve karara bağlanması gerektiğine hükmedilmektedir. Yine AHİM kararlarında, bağımsız mahkemelerin kararlarının uygulanma kabiliyetinin önemine vurgulama yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin 2010/99 E., 2011/117 K. sayılı kararında da hükmedildiği gibi adil yargılanma hakkı doğru ve güvenli yargılanma hakkı demektir.

Adil yargılanma hakkı sadece faillerin ya da suç isnadı ile yargılanan kişilerin değil, davanın diğer taraflarının yani mağdurların da hakkıdır.

Anayasamızın 36. maddesinde: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” denilmektedir.

Yukarıda arz ettiğimiz gerekçelerden ve ekte sunduğumuz uygulama örneklerinden anlaşılacağı üzere iptalini istediğimiz Kanun maddeleri sebebiyle ikinci derecede yargılama mercii olan istinaf mahkemeleri kişilerin ikinci kez bir başka yargı mercii önünde iddia ve savunmalarını sunma imkanlarını ellerinden almaktadırlar.

Diğer yandan yine açıkladığımız ve örneklerini sunduğumuz üzere istinaf mahkemeleri tamamen kendi yapmaları gereken işlemleri yapmaktan, görevine giren uyuşmazlıkla ilgili davaya bakmaktan imtina etmekte, bunun için de iptalini istediğimiz Kanun maddelerine dayanmaktadırlar. Bu durumda ise iptalini istediğimiz Kanun maddeleri yukarıda belirttiğimiz Anayasa’nın 36. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

e) 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun 6723 Sayılı Kanunla değişik 28. maddesinin 4. ve 5. fıkralarının durumu:

Mahkememizce iptali istenilen bu düzenleme tamamen CMK'nın 284/1. maddesindeki düzenlemeyle bağlantılı, doğrudan ilgilidir. Çünkü hakimlerin atama ve sınıf ile derece düzenlemelerini düzenleyen 2802 sayılı Kanundaki hükümlere göre istinaf mahkemesi hakimlerinin ilk derece mahkemesi hakimlerine karşı hukuken bir üstünlükleri bulunmamaktadır. Atama için belli kıdemler haricinde mesleki yeterlilik anlamında bir kriter bulunmamaktadır. Buna rağmen "direnme yasağı" maddesi olarak açıkladığımız diğer düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde istinaf mahkemesi hakimlerinin ilk derece mahkemesi hakimlerine not veriyor olması, bu notların mesleki kariyerde etkisinin olması sebebiyle hakimlik teminatına ve mahkeme bağımsızlığına, hakimlerin vicdanına göre karar vermesi gerektiğini düzenleyen Anayasa'nın 138. maddesine aykırıdır.

Yine CMK'nın 284/1. maddesiyle birlikte düşünüldüğünde 2802 sayılı Kanunun 28. Maddesindeki düzenleme doğrudan uyuşmazlık konusunu da etkilemektedir. Çünkü bu düzenleme sebebiyle ilk derece mahkemesi hakimi inandığı ve doğru olduğuna kanaat getirdiği şekilde değil, not yetkisi olan istinaf mahkemesinin gösterdiği şekilde uygulama yapmak zorunda kalmaktadır.

6- TALEP : Ayrıntısıyla açıkladığımız ve arz ettiğimiz üzere;

Mahkememizce görülmekte olan davada, uygulama yeri bulunup, Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 284/1. maddesi ile 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun 6723 sayılı Kanun değişik 28. maddesinin 4. ve 5. fıkralarının Anayasa'nın 2. 9., 11., 36., 138., 140., 141. ve 142. maddelerine aykırı olduğu kabul edilerek iptal edilmelerine karar verilmesini arz ederiz."