

“ ...

Bakırköy 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne hitaben düzenlenen 29/06/2020 tarihli iddianamede Sanık ...hakkında TCK'nın 188/3, 188/4-a, 188/4-b maddeleri uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma veya sağlama suçundan cezalandırılması talebi ile kamu davası açılmıştır.

Bakırköy 13. Ağır Ceza Mahkemesi yapmış olduğu yargılama sonucunda sanık ...'in eyleminin TCK'nın 191/1 maddesi kapsamında kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurmak suçunu oluşturduğu kanaatine vararak yasal şartları oluşturduğundan CMK'nın 231. maddesi gereğince 16/02/2021 tarihinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Verilen bu karara karşı Cumhuriyet Savcısı tarafından sanığın eyleminin TCK'nın 188/3,188/4-a, 188/4-b maddeleri kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma veya sağlama suçunu oluşturduğundan bahisle 16/02/2021 tarihinde itirazda bulunulmuş ve dosya itiraz mercii olarak mahkememize intikal etmiştir.

Mahkememizce itiraz üzerine yapılan incelemede; 16/02/2021 tarihli karar duruşmasına katılan üye hakimlerden 214933 sicil numaralı ...'ın, 21/05/2020 tarihli Bakırköy 5. Sulh Ceza Hakimliği olarak sanık ...'in sorgusunu yaptığı ve sanık hakkında talep edilen tutuklama talebinin reddi ile sanık hakkında adli kontrol hükümlerinin uygulanmasına karar verdiği anlaşılmıştır. Daha sonra adli kontrol hükümlerinin uygulanmasına ilişkin sanık müdafii tarafından yapılan itirazı değerlendirerek 01/06/2020 tarihinde adli kontrol hükümlerinin uygulanmasına ilişkin kararda değişiklik yapılmasına yer olmadığına karar vererek dosyanın Bakırköy 6. Sulh Ceza Hakimliği'ne gönderilmesine karar vermiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23/2. maddesi; “Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesi; “Ceza Muhakemesi Kanununun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz.” şeklinde belirtmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 163. maddesi; “(1) Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. (2) Kolluk âmir ve memurları, sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler.” şeklinde belirtmektedir.

Yani CMK'nın 23/2. maddesindeki aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakimin kovuşturma evresinde görev yapamayacağına ilişkin emredici hüküm, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca, sulh ceza hakiminin Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı hallere münhasır olup 163/1 maddedeki haller dışında uygulanamayacağına ilişkin emredici bir başka hükümle sınırlandırılmıştır.

Sanık hakkında soruşturma aşamasında tutuklanmasına/adli kontrol tedbiri altına alınmasına ilişkin tedbir kararı veren bir hakimin, aynı sanık hakkında kovuşturma aşamasında

ve sanık hakkında verilen mahkumiyet kararını veren mahkemede görev alıp alamayacağı hususuna ilişkin yapılan tartışmada;

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi ve 9. maddesi yargılama yapan adli makamların tarafsızlığını ve bağımsızlığını teminat altına almaktadır. Anayasa'nın 36. maddesi de herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmayla adil yargılanma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Adil yargılanma hakkı ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi göz önüne alındığında hukuken kurulmuş tarafsız ve bağımsız yargı yeri tarafından yargılanma hakkını güvence altına almaktadır.

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafsızlığı önyargının ve tarafgirliğin bulunmaması şeklinde ifade etmiştir. Tarafsızlığı objektif ve subjektif olmak üzere ikili bir ayırım ile ele alarak; objektif tarafsızlığı mahkemenin kurum olarak kişilerde bıraktığı güven duygusu, subjektif tarafsızlığı ise hakimnin birey olarak tarafsızlığı şeklinde belirtmiştir. Bu noktada Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından koruma altına alınan adil yargılanma ilkesi ve konu özelinde hakimnin tarafsızlığı hususu yargılamaların daha önce aynı konuda görüş açıklamamış hakimler tarafından icra edilmesini ve böylece hakimnin tarafsızlığı konusunda oluşabilecek her türlü şüphenin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. AİHM hakimnin duruşma öncesinde yapmış olduğu yüzeysel değerlendirmeleri ihlal kararı vermek açısından yeterli görmemekte, "duruşma hakiminin duruşmadan önce kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşturup oluşturmadığı" kıstasından hareket etmektedir. (Bulut - Avusturya Davası 22.02.1996) Hakimnin daha önce bazı tedbirlere başvurmuş veya işlemler yapmış olmasının, esasa ilişkin olarak önceden belirlenmiş bir görüşe ulaştığını peşinen göstermeyeceği Mahkeme tarafından kabul edilmektedir. (AİHM, Fey-Avusturya Davası, 24.02.1993)

Ancak AİHM'in bu kıstaslarına rağmen Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesi sadece CMK'nın 163. maddesi kapsamında sulh ceza hakiminin soruşturma işlemlerini savcı gibi yürütmesi hallerinde CMK'nın 23/2. maddesi gereğince hakimnin davaya bakamayacağını ifade ederek sulh ceza hakiminin şüphelinin sorgusunu yapması durumunda, duruşmadan önce şüphelinin suçlu olup olmadığı konusunda kanaat oluşturması hususunu görmezden gelmektedir. CMK'nın 23/2. maddesinin sadece cumhuriyet savcısına ulaşamaması halinde sulh ceza hakiminin soruşturma işlemlerini yürütmesi hali ile sınırlamak sulh ceza hakiminin soruşturma evresinde sorgulama yaptığı, hakkında tutuklama veya adli kontrol tedbir uygulayarak kişi hakkında kanaat olduğu durumların kapsam dışında tutulması sonucunu doğuracaktır. Bu durum hakimnin tarafsızlığını şüpheye düşürmekte dolayısıyla kişilerin adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir.

Başvurumuza konu dosyamızda, Bakırköy 5. Sulh Ceza Hakimi olarak görev yapmakta iken sanık ...'in sorgu işlemini yapan, Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tutuklama istemine rağmen sanık hakkında adli kontrol tedbiri uygulayarak sanığın suçlu olup olmadığı hususunda kanaati oluşan hakim ...'ın, Bakırköy 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nde 16/02/2021 tarihli duruşmaya katılarak yargılama faaliyetine katıldığı anlaşılmaktadır. CMK'nın 23/2. maddesi gereğince soruşturma aşamasında görev almış hakimnin kovuşturma evresinde görev alamayacağı belirtilmiş olmasına rağmen hakim ...'ın sulh ceza hakimi olarak yapmış olduğu işlemin Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesi kapsamında olmadığından kanuni olarak kovuşturma evresine katılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak hakimnin soruşturma evresinde sanık ile doğrudan temas kurarak sanığın suçlu olup olmadığı hususunda kanaatinin olduğu, bu durumun hakimnin tarafsızlığını

zededeği, hakimin önyargı ile kovuşturma evresinde yargılama faaliyeti yürüttüğü ve bu durumun AİHS'in 6. maddesi kapsamında korunan adil yargılanma hakkını, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde korunan hukuk devleti ilkesini, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında korunan adil yargılanma hakkını ve yine Anayasa'nın 9. maddesi kapsamında tarafsız mahkeme ilkesini ihlal ettiği ve AİHM'in de bu durumlara ilişkin hak ihlali kararları olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle CMK'nın 23/2. maddesinde getirilen düzenlemenin Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesi ile sınırlandırıldığı, bu sınırlamanın hakimin tarafsızlığını ve kişilerin adil yargılanma hakkını açıkça ihlal ettiği, bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesinin AİHS 6, Anayasa'nın 2., 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

KARAR: Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

1- 2709 numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152'nci maddesi uyarınca, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesinin İPTALİ İSTEMİ ile RESEN ANAYASA MAHKEMESİNE İTİRAZ YOLU İLE MÜRACAAT EDİLMESİNE VE BU HÜKMÜN İPTALİNİN İSTENİLMESİNE,

2- 6216 numaralı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesi uyarınca

a- Başvuru kararının aslı ile tutanağın ve dava dosyasında yer alan evrakın onaylı birer örneğinin oluşturulacak dizi listesine bağlanılarak bir dosya halinde ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

b- Başvuru dosyasının Anayasa Mahkemesine tebliğinden itibaren BEŞ AY BEKLENİLMESİNE, bu süre içinde karar verilmezse işbu davanın yürürlükteki hükümlere göre (Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkında karar kesinleşinceye kadar gelirse Anayasa Mahkemesi hükmüne uyulması koşuluyla) SONUÇLANDIRILMASINA,

3- Keyfiyetin Bakırköy 13. Ağır Ceza Mahkemesine, mahkeme kararına itirazda bulunan Cumhuriyet Savcısı'na ve sanık ile müdafine bildirilmesine,

Oybirliđi ile karar verildi.”