**ANAYASA  MAHKEMESİ  KARARI**

**Esas  Sayısı   : 2002/70**

**Karar Sayısı : 2004/56**

**Karar Günü  : 6.5.2004**

**Resmi Gazete tarih/sayı: 01.06.2005/ 25832**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN** : Bursa  5. Asliye Ceza Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU** : 4.4.1929  günlü, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 3842 sayılı Yasa ile değiştirilen 138. maddesinde yer alan "Yakalanan kişi veya  sanık..." ibaresinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile  10. maddesine aykırılığı savıyla  iptali istemidir.

**I- OLAY**

Suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanığın Türk Ceza Kanunu'nun 459/ 1-son ve 55. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, sanığa Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138. maddesi uyarınca müdafi atanarak yapılan duruşmada; müşteki babanın 18 yaşından küçük olan mağdur çocuğuna avukat tayin edilmemesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin iddiasını ciddi bulan Mahkeme,  anılan maddede yer alan "Yakalanan kişi veya sanık..." ibaresinin iptali için başvurmuştur.

**III- YASA METİNLERİ**

**A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı**

       1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 138. maddesi şöyledir:

       "Madde 138- (Değişik: 18.11.1992 - 3842/15md.) Yakalanan kişi veya sanık  müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafi tayin edilir. ***Yakalanan kişi veya sanık****onsekiz yaşını bitirmemiş yahut  sağır  veya  dilsiz  veya  kendisini  savunamayacak  derecede  malul  olur  ve bir  müdafi'de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edilir."*

**B-  Dayanılan  ve İlgili Görülen Anayasa   Kuralları**

Başvuru kararında, Anayasa'nın  Başlangıç'ı ile 10. maddesine dayanılmış, 2. ve 36. maddeleri Mahkememizce ilgili görülmüştür.

**IV- İLK  İNCELEME**

       Anayasa  Mahkemesi  İçtüzüğü'nün  8. maddesi  gereğince  Mustafa  BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit  ADALI, Nurettin TURAN, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet  AKYALÇIN ve Enis TUNGA'nın katılımlarıyla  17.4.2002   günü  yapılan  ilk  inceleme  toplantısında, öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddî olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için  Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki  yapacak nitelikte kurallardır.

Başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural, sanığın onsekiz yaşından küçük olması nedeniyle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138. maddesinin ikinci tümcesinde yer alan  istem olmaksızın müdafi tayini olduğundan maddenin birinci tümcesindeki isteme bağlı müdafi tayini itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin davada uygulayacağı kural değildir.

Bu nedenle, bu bölüme ilişkin itiraz başvurusunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, dosyada eksiklik  bulunmadığından anılan maddenin ikinci tümcesinde yer alan "Yakalanan kişi veya sanık..." ibaresinin  esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

**V- ESASIN İNCELENMESİ**

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup  incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Başvuru kararında, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138. maddesinin, savunma makamına fazladan bir nimet sunduğu, aynı nimetten mağdur tarafın yararlanamadığı, ceza yargılamasında hak iddia eden tarafın, iddia makamının davaya katılmadığı şahsi dava durumlarında veya başka hak  taleplerinde hukuki yardım almasının bu madde sebebiyle engellendiği; Devletin sanığa    sunduğu hukuki yardım nimeti, Devlet tarafından himaye edilmesi, uğradığı zararın  giderilmesi beklenen mağdur taraftan esirgenerek sanık veya savunma tarafına imtiyaz  sağlandığı, bunun da Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik  ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

"Yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı  durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda  bulunan  kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı,  ayrı hukuksal  durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138. maddesinin ikinci tümcesinde, yakalanan  kişi veya sanığın onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malül olması  ve bir müdafiinin de bulunmaması halinde istemi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edilmesi öngörülmüştür. Bunun nedeni, onsekiz yaşını bitirmemiş, yahut sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malül olanların daha fazla korunmaya muhtaç olmalarıdır.

Sanık, bir ceza tehdidi altında bulunan ve bu nedenle aktüel bir savunma gereksinimi içinde bulunan kişidir. Masumiyet karinesi,  savunma hakkını sanık ve gerçeğe ulaşma amacı yönünden  zorunlu bir gereksinim durumuna getirmektedir. Bu nedenle sanığın hakları ulusal ve uluslararası belgelerde ön plana çıkarılmıştır.

İtiraz konusu kuralla yakalanan  kişi veya sanık için öngörülen koruma, onların bu sıfatlarının ötesinde 18 yaştan küçük, sağır ve dilsiz, kendini savunamayacak derecede malul olma gibi sanığın  iradesini  eksilten, zayıflatan özelliklerden kaynaklanan özel bir korumadır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın anayasal denetiminde de  anılan özelliklerin gözetileceği açıktır. Çünkü, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138. maddesinin ikinci tümcesinde öngörülen talep aranmaksızın avukat tayini, Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında savunma  hakkı kadar orada belirlenen grupların özel olarak  korunma gereksinimi de esas alınarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle kural kendi içinde savunma ve adil yargılanma haklarını güçlendirmektedir.

Çağdaş ceza hukuku alanındaki gelişmeler sanık haklarının yanında mağdur haklarının da korunması gerektiği yolundadır. Bu nedenle, yasakoyucunun belirtilen konuda düzenlemeler yapmasına engel bulunmamaktadır. Nitekim son ceza  usul yasası tasarısında mağdur haklarını koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 2. ve 36. maddeleri karşısında sanık ve mağdur aynı konumda  kabul edilemeyeceklerinden itiraz konusu kural "...18 yaşını bitirmemiş..."ler yönünden  Anayasa'ya aykırı değildir. İstemin reddi gerekir.

Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamış, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A.Necmi ÖZLER ise karara farklı gerekçe ile katılmışlardır.

**VI- SONUÇ**

4.4.1929 günlü, 1412 sayılı "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu"nun 3842 sayılı Yasa ile değiştirilen 138. maddesinin ikinci tümcesinde yer alan "Yakalanan kişi veya sanık..." ibaresinin, "...onsekiz yaşını bitirmemiş..."ler yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,Haşim KILIÇ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 6.5.2004 gününde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| BaşkanMustafa BUMİN | BaşkanvekiliHaşim KILIÇ | ÜyeSacit ADALI |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeAli HÜNER | ÜyeFulya KANTARCIOĞLU | ÜyeErtuğrul ERSOY |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  ÜyeTülay TUĞCU | ÜyeAhmet AKYALÇIN | ÜyeMehmet ERTEN |

|  |  |
| --- | --- |
| ÜyeFazıl SAĞLAM | ÜyeA. Necmi ÖZLER |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138. maddesine göre "Yakalanan kişi veya sanık"lar yargılanması sırasında müdafi seçebilecek durumda olmadığını  beyan ederse baro tarafından, bu kişiler 18 yaşını bitirmemiş ya da sağır veya dilsiz veya kendini savunamayacak kadar malûl ise talebi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edilecektir.

Belirtilen bu olanağın sanığa tanınmış olması onun hak arama yolunu güçlendiren buna olumlu yönde katkı veren bir imtiyazdır. Mağdura bu imkanın tanınmaması onun hak arama yolunu negatif etkileyen gerçeğin ortaya çıkmasını olumsuz yönlendiren bir sonuç doğurmaktadır. Sanığın ceza tehdidi altında bulunmuş olması sağlanan imtiyazın haklı gerekçesi olamaz. Sağlanan bu olanağın sanık-mağdur arasındaki hak arama dengesini bozmadan gerçekleştirilmesi adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Özellikle iddia makamının katılmadığı davalarda mağdurun hakkını arayan taraf olarak hukuksal yardımdan yoksun kalacağı açıktır. 18 yaşını bitirmemiş ya da sağır, dilsiz veya kendini savunamayacak kadar malûl olan birinin mağdur sıfatı ile mahkemede taraf olması sanığa nazaran daha çok hukuksal yardım almayı gerekli ve zorunlu kılar.

Yakalanan veya sanık olanlara getirilen imkanın iptal edilmesi durumunda bunların hak arama özgürlüğü olumsuz etkilenecek olsa da en azından silahların eşitliği ilkesi gerçekleşmiş olacaktır.

Belirtilen nedenlerle, çoğunluk görüşüne katılmadım.

|  |
| --- |
| BaşkanvekiliHaşim KILIÇ |

**DEĞİŞİK GEREKÇE**

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun  138. maddesinde *"Yakalanan kişi veya sanık müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafi tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafi de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edilir."*denilmektedir. Yakalanan kişi veya sanık yönünden, maddenin  birinci tümcesinde talebe bağlı, itiraza konu edilen ikinci tümcesinde ise mecburi müdafiilik öngörülmüş, ancak  mağdur için  benzer bir  düzenlemeye yer verilmemiştir.

Maddede, sanık için öngörülen müdafiiliğin benzer bir  düzenleme ile mağdur için öngörülmemesinin ceza yargılamasının yanları olan sanık ve mağdur arasında eşitsizlik yarattığı ilk anda ileri sürülebilirse de, sorunun, ceza yargılamasının yürürlükte bulunan diğer hükümleriyle birlikte değerlendirilerek çözümlenmesi gerekir. Ceza yargılamasının aktif süjesi olan ve ceza tehdidi altında bulunan, ancak suçsuzluk karinesinden yararlanan sanığın, yargılanma sürecinde gereksinim duyduğu hukuki yardımı alabilmesi için müdafii atanması  iddia  ile savunma arasındaki dengenin sağlanması, Anayasal teminat altında bulunan savunma hakkının korunması,  ve maddi gerçeğe ulaşılması bakımından zorunluluk arz etmektedir. Aynı zorunluluk  ceza tehdidi altında bulunmayan, resen takibi gereken suçlarda şahsi hak dışındaki her türlü hakkı kamu adına Cumhuriyet savcısı tarafından aranan,  şahsi hak taleplerini ise,  ister müdahil veya şahsi davacı  sıfatıyla ceza  mahkemeleri, isterse davacı sıfatıyla hukuk mahkemeleri nezdinde takip edebilen   mağdur yönünden bulunmamaktadır. Esasen, suç isnadı ve  cezalandırılma isteği ile karşı karşıya bulunan, bu bakımından da  mağdurdan daha çok hukuki yardıma ihtiyacı olan sanık için iptali istenen kuralla getirilen  müdafiilik müessesesi, sanık ve mağdurun aldıkları hukuki yardımı denkleştirmiştir. Temelde, mağdurun kamu hukukuna ilişkin haklarının korunması yönünde görev yapan Cumhuriyet savcısına ilave olarak bir de vekil (müdafii) tayin edilmesi, kurulan dengeyi mağdur lehine bozarak en az onun kadar korunmaya  muhtaç olan sanığın adil ve doğru yargılanma hakkını zedeler.

Daha basit suçlar için öngörülen şahsi davalarda, mağdur için müdafii benzeri bir düzenlemeye yer verilmemesi ise, kamu adına takip edilen davalarda olduğu gibi sanık ve mağdurun ceza yargılamasındaki hukuki konumları, kamu yararı ilkesi ve suçun şahsi dava yoluyla takibinde uygulanan usul kuralları  nedeniyle hukuka aykırı olmadığı gibi, düzenlenmesinde yarar bulunan bir eksiklik olarak da görülmemelidir. Zira, mağdur  şahsi davanın  ne ceza tehdidi altında bulunanı ve ne de şahsi hak talebinin muhatabıdır. Onun bu hukuksal  konumunun  yanı sıra, asıl sebep olarak suçun kamu adına kovuşturulmasında hukuki yarar bulunmama ilkesi ve şahsi davanın yürürlükte olan kendine özgü yargılama yöntemi böyle bir düzenleme yapılmasına manidir. Aksi takdirde, şahsi davada tatbiki gereken yargılamaya ilişkin bir kısım  temel usul kuralları uygulanamaz  hale gelir ve sonuç olarak da suçun şahsi dava yoluyla takibine ilişkin  ceza  yargılamasının niteliği değişir ve bu dava yolundan beklenen hukuki yarar elde edilemez.

Diğer yandan, itiraz konusu kuralda yer alan onsekiz yaşını bitirmemiş, yahut sağır veya dilsiz veya kendini savunamayacak derecede malul  olanlar yönünden öngörülen mecburi müdafiliğin benzer bir düzenlemeyle mağdurlar bakımından da öngörülmesi gerektiğine ilişkin düşünce, ceza yargılamasının yukarda açıklanan nitelikleri, hukukumuzda mevcut velayet ve vesayet müesseseleri gözetilerek yerinde bulunmamaktadır.

Bu nedenle, mağdurlar için de müdafii benzeri bir düzenleme yapılmasının gerekebileceğine, böyle bir düzenlemenin Anayasa'ya daha  uygun olacağına ilişkin düşünceye  iştirak etmiyorum.

Sonuç olarak, kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki  çoğunluk  kararına açıkladığım bu gerekçe ile  katılıyorum.

|  |
| --- |
| ÜyeMehmet ERTEN |

**FARKLI GEREKÇE**

Çoğunluk kararının itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı olmadığına ilişkin gerekçesine aynen katılıyoruz

Ancak, çoğunluk kararında  yakalanan ya da sanık için itiraz konusu kuralla öngörülen korumanın, onların bu sıfatlarının ötesinde 18 yaştan küçük, sağır ve dilsiz  veya kendini savunamayacak derecede malul olma gibi kişinin  iradesini  eksilten, zayıflatan özelliklerden kaynaklanan özel bir koruma olduğu, bu nedenle itiraz konusu kuralın anayasal denetiminde de anılan özelliklerin gözetileceği isabetle belirtildiği halde, bu yöntemin gereği yerine getirilmemiştir. Oysa CMUK'nun 138. maddesinin ikinci cümlesindetalep aranmaksızın avukat tayininin öngörülmüş olması, sanıklık sıfatından çok orada belirlenen grupları özel olarak  koruma gereksiniminin bir ürünüdür ve aynı gereksinim,  bu gruplara mensup bir kişinin suçtan mağdur olması durumunda da geçerlidir.

Bu nedenle yasadaki düzenlemenin Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen hakların gereklerini tam olarak karşılamadığını belirtmek  anayasaya uygunluk denetiminin bir gereğidir. Yasa koyucunun itiraz konusu kuralda yer alan  gruplar için  sanık  ya da suçtan  mağdur olanı ayırdetmeksizin müdafi /avukat tayin edilmesini sağlaması, Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen haklar bakımından  daha uygun bir çözüm olarak da değerlendirilebilir. Ancak bu konu yasa koyucunun takdir alanı içindedir. Yasa koyucunun takdir alanı içinde bir çok seçenek yer alabilir. Bunların Anayasa'nın hak ve özgürlükler düzenine aynı yakınlıkta olmaması da doğaldır. Nitekim son Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında  özel koruma gerektiren gruplar açısından müdafi tayininde  sanık ve mağdur için paralel düzenleme yapılmış ve böylece 36. maddede güvence altına alınan haklara daha yakın bir çözüm öngörülmüştür. Ancak bir yasa kuralının Anayasa'da öngörülen hakların gereklerini tam olarak karşılayamaması, onun Anayasaya aykırı olduğu anlamına gelmez. Anayasaya aykırılık, hak ya da özgürlüğe yönelik müdahalenin Anayasa'da öngörülen sınırlama ilke ve ölçütleri yönünden belli bir yoğunluğa ulaşmasıyla  gündeme gelir. Bu anlamda itiraz konusu kural, kendi içinde Anayasa'ya aykırılık taşımamakta; aksine, savunma ve adil yargılanma haklarını sanık yönünden  güçlendirmektedir. Kuralda başka seçeneklere oranla yer alan eksiklik ise iptali gerektirecek boyutta değildir. Kaldı ki itiraz konusu düzenlemenin iptali,  anılan yetersizliği gideremeyeceği gibi  sanık yönünden güçlendirilmiş bulunan bir hakkın  ortadan kaldırılmasına da  yol açabilir.

İtiraz konusu kuralın iptali isteminin reddine ilişkin çoğunluk kararına yukardaki  gerekçelerle katılıyoruz.

|  |  |
| --- | --- |
| ÜyeFazıl SAĞLAM | ÜyeA. Necmi ÖZLER |