**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas Sayısı : 2007/14**

**Karar Sayısı : 2009/48**

**Karar Günü : 12.3.2009**

**R.G. Tarih-Sayı : 25.06.2009-27269**

**İPTAL DAVASINI AÇAN:** Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali Topuz ve Haluk Koç ile birlikte 124 milletvekili

**İPTAL DAVASININ KONUSU:** 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

**1-** 21. maddesiyle değiştirilen, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının,

**2-**  22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının,

**3-**  23. maddesiyle 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin;

**a-** Değiştirilen başlığında yer alan '' ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması' ibaresinin,

**b-** Eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14). fıkralarının,

**4-**24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin,

**5-**25. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesinin,

**6-**30. maddesiyle, 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

**II- YASA METİNLERİ**

**A- İptali İstenilen Yasa Kuralları**

İptali istenilen kuralları içeren 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

**1-**21. maddesiyle değiştirilen, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesi şöyledir:

**'Madde 150-** (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.21.md)

(1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir.

**(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.**

**(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.'**

**2-**  22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesi şöyledir:

**'Madde 171 -** (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.21.md)

(1) Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.

**(2) 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.**

**(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;**

**a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,**

**b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,**

**c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,**

**d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,**

**koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.**

**(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.**

**(5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.'**

**3-**  23. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesi şöyledir:

**'**HÜKMÜN AÇIKLANMASI**VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI**

**Madde 231-**(1) Duruşma sonunda, 232 nci Maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

**(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl\* veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.**

**(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;**

**a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,**

**b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,**

**c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,**

**gerekir.**

**(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.**

**(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;**

**a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,**

**b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,**

**c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,**

**karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.**

**(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.**

**(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.**

**(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.**

**(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.**

**(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.**

**(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md;Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.'**

**4-**24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesi şöyledir:

**'Madde 253 - (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.24.md)**

**(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:**

**a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.**

**b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;**

**1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),**

**2. Taksirle yaralama (madde 89),**

**3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),**

**4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),**

**5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),**

**suçları.**

**(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.**

**(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.**

**(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.**

**(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.**

**(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.**

**(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.**

**(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.**

**(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.**

**(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.**

**(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.**

**(12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.**

**(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafi ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.**

**(14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.**

**(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.**

**(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.**

**(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.**

**(18) Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.**

**(19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.**

**(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.**

**(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.**

**(22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.**

**(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.**

**(24) Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.'**

**5-**25. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesi şöyledir:

**'Madde 254 - (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.25.md)**

**(1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.**

**(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.'**

**6-**30. maddesiyle 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesi şöyledir:

**'MÜDAFİ VE VEKİL ÜCRETİ**

**Madde 13- (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.30.md)**

**(1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.**

**(2) Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usûl ve esaslar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.'**

**B- Dayanılan Anayasa Kuralları**

Dava diekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

**III- İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman AlifeyyazPAKSÜT'ün katılımlarıyla 27.2.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

**IV- ESASIN İNCELENMESİ**

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

**A- 5271 sayılı Yasa'nın Değiştirilen 150. Maddesinin (3) ve (4) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, zorunlu müdafiliğe tabi olan suçları 'alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar'la sınırlayan düzenlemenin, savunma hakkının özünü zedelediği, zorunlu müdafilikle ilgili düzenleme yetkisinin Türkiye Barolar Birliğinden alınarak yürütmeye verilmesinin savunma ve adil yargılanma hakkını yürütmenin denetimi ve vesayeti altına sokacağı, bu niteliğiyle düzenlemenin hukuk devleti, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, eşitlik ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

**1- (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi**

İptali istenilen kuralla yapılan değişiklikle birlikte zorunlu müdafilikle ilgili uygulamanın kapsamı daraltılmıştır. Önceki düzenlemede, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar bu kapsamdayken, yeni düzenlemeyle alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda zorunlu müdafilik uygulaması yapılacaktır.

Yasaya göre, şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsizse, istemi aranmaksızın müdafi görevlendirilecektir. Zorunlu müdafi görevlendirilmesi, alt sınırı beş yıldan fazla hapis gerektiren suçlar için yapılacaktır.

5271 sayılı Yasa ile ilgili Adalet Komisyonu görüşmelerinde, üst sınırı beş yıl olan tüm suçlarda zorunlu müdafilik getirilmesinin bütçe olanaklarının yetersizliği, müdafilere ödenecek ücretin yetersizliği, avukatlık mesleği üzerinde oluşturacağı olumsuz imaj, yaşanabilecek olası usuli aksaklık ve gecikmeler nedeniyle eleştirildiği görülmektedir. Bu dönemde, zorunlu müdafiliğin üst sınırı on yıl ve daha üzeri olan suçlarda veya yalnızca ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda kabul edilmesi yönündeki teklifler ise kabul edilmemiştir. Madde gerekçesinde de 'aslında ceza davasında bir avukattan yararlanılabilmesinin temel bir hak olduğu, ancak bunun sağlanmasının ülkenin koşullarıyla doğru orantılı olduğu' ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve insan haklarının korunması alanındaki diğer uluslararası temel belgelerde müdafi ücretini ödeme olanağı bulunmayan kişilerin ücretsiz olarak müdafi yardımından yararlanma haklarının bulunduğu belirtilmiştir.

İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) paragrafında; her sanığın 'kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafiin veya eğer bir müdafi tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek' hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmenin 14/3-d maddesi ile de benzer biçimde, sanığın müdafiden yararlanması konusunda açık hüküm getirilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki genel uygulama 'isteğe bağlı müdafilik' sistemine dayandırılmıştır. 'Zorunlu müdafilik' ise istisna olarak düzenlenmiştir. 5271 sayılı Yasa bu istisnaya, hakkında uygulanması istenen yasa maddesindeki cezanın alt sınırı beş yıldan fazla olanları da eklemiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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 yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir denilmektedir.

    Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149. maddesinde, şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiin yardımından yararlanabileceği, kanuni temsilcisi varsa, onun da şüpheliye veya sanığa müdafi seçebileceği belirtilmiş; 150. maddenin (1) numaralı fıkrasında da şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesinin isteneceği, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla iptali istenilen düzenleme ile, bir yargılama faaliyeti içerisinde bulunan kişinin bizzat savunma yapması veya istediği bir avukat yardımından yararlanma hakları elinden alınmış değildir. Bu nedenle iptali istenilen düzenleme ile savunma hakkının özünün zedelendiği ve kullanılamaz hale geldiği iddiaları yerinde görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerle zorunlu müdafiliğe tabi olan suçları, 'alt sınırını beş yıldan fazla suçlar'la sınırlayan düzenleme, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın 5., 10., ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

**2- (4) Numaralı Fıkranın İncelenmesi**

Yasa'nın 150. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, müdafilikle ilgili diğer hususların, Türkiye Barolar Birliğinin de görüşü alınarak çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 'yasama yetkisi' kenar başlıklı 7. maddesinde 'yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez' denilmekte; 38. maddesinin üçüncü fıkrasında da, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmektedir.

Yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir. Hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu bakımından sınırlı olmadığı, Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla her konunun düzenlenebileceği anlamına gelir. Bu çerçevede yasama organı, genel ilkeleri belirledikten sonra ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeleri yürütme organına bırakabilir. İptali istenilen kuralla zorunlu müdafilikle ilgili genel ilkeler belirlendikten sonra usul ve işleyişle ilgili ayrıntılı hususların belirlenmesi amacıyla idareye yönetmelikle düzenleme yetkisi verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde zorunlu müdafilikle ilgili düzenleme yetkisinin Barolardan alınarak yürütmeye verilmesinin savunma ve adil yargılanma hakkını yürütmenin denetimi altına soktuğu ileri sürülmekte ise de, burada savunma ve adil yargılanma hakkı denetim altına alınmamakta, zorunlu müdafilik sisteminin işleyişiyle ilgili ayrıntılı kuralların belirlenmesine zemin hazırlanmaktadır. Müdafilikle ilgili sorunların daha ziyade yargılama usulü ve işleyişiyle ilgili olması karşısında Barolar Birliğinin görüşü de alındıktan sonra zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususların yürütmeye bırakılmasında Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 7., 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

**B- 171. Maddenin (2), (3), (4) ve (5) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, değişiklikten önceki durumda, kuvvetli delil ve şüphe bulunması halinde kamu davası açılması zorunlu iken, yeni sistemde yeterli delil ve şüphe bulunsa dahi kamu davasının açılmasının ertelenebileceğinin hüküm altına alındığı, şahsi dava uygulamasının kaldırılması nedeniyle, Cumhuriyet savcısının soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olup da üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle ertelemesi halinde suçtan zarar görenlerin haklarını aramaları için başka hiçbir yol kalmayacağı, bunun da hak arama hürriyetini aşırı biçimde sınırlama anlamına geleceği, suçtan zarar gören ve sanık sıfatıyla aynı hukuki durumda olanlar arasında takip usulü yönünden cezanın üst sınırına göre farklılık yaratıldığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen fıkralarla ceza muhakemesi sistemine, 'kamu davasının açılmasının ertelenmesi' şeklinde yeni bir kurum getirilmiştir. Böylece, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19. maddesiyle yalnızca çocuklar hakkında öngörülen kurum yetişkinler hakkında da uygulama kapsamına alınmıştır. Çocuğa yüklenen suçtan dolayı kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile ilgili düzenleme içeren Çocuk Koruma Kanunu'nun 19. maddesi de 5560 sayılı Yasa ile değiştirilmiş, çocuklar hakkında da Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koşulların varlığı halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebileceği, ancak bu kişiler açısından erteleme süresinin üç yıl olarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu konudaki düzenleme, kamu davasının mecburiliğinin yeni bir istisnası olarak, 'kamu davası açmada takdir yetkisi' başlıklı 171. maddeye eklenen dört fıkrada yer almaktadır.

Buna göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı ve üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda, yeterli şüphe bulunmasına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verilebilecektir. Ayrıca, bu suçlardan dolayı ertelemeye karar verilebilmesi için;

- Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

- Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

- Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmiş olması aranacaktır.

Erteleme süresi olan beş yıl içerisinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecek, aksi takdirde şüpheli hakkında kamu davası açılacaktır. Erteleme kararına karşı suçtan zarar gören 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilecektir. Erteleme süresince zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

Maddenin (5) numaralı fıkrasında yer alan kurala göre, ertelemeye ilişkin kararlar ayrı bir yerde kaydedilecek, bu kayıtlar ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenebilecek ve bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilecektir.

Suç ve suçlulukla mücadele konusundaki yasal düzenlemeler Anayasal ilkelere aykırı olmamak koşuluyla yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Yasakoyucu, ülkenin koşulları, toplumsal ihtiyaçlar ve uygulamalardaki aksaklıkları dikkate alarak, hangi eylemlerin suç sayılarak cezalandırılacağını, hangi eylemler için ne tür cezalar verileceğini, bu suçlarla ilgili takip yöntemlerinin nasıl olacağını belirleme yetkisine sahiptir. Suç teşkil eden her eylemin mutlaka ceza yaptırımı ile karşılanması, cezanın suçtan zarar görenin tatmin aracı olarak kullanılması eski hukuk anlayışlarında kabul edilmesine karşın, çağdaş gelişim her suçlunun hemen bir ceza yaptırımı ile karşılanması yerine, topluma karşı sorumluluklarını gözden geçirmesine olanak vermek üzere belirli sürelerle gözetim ve denetimini öngören ve mümkün olduğunca suçtan zarar görenin tatminini de içeren uygulamalara yönelmiş bulunmaktadır. İptali istenilen kuralın da bu yaklaşıma uygun olarak getirildiği anlaşılmaktadır. Sosyolojik, psikolojik ve hukuki tecrübelerin çoğu zaman salt ceza vermenin toplum açısından beklenen neticenin gerçekleşmesine yetmediğini, tam aksine bir sonucun ortaya çıkmasına yolaçtığını, çoğu zaman önemsiz görülebilecek suçlarla ilgili cezai müeyyidelerin daha nitelikli ve yoğun biçimde suç işlenme nedeni olabildiğini gözettiği anlaşılan yasakoyucunun, maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde, suç işleyen kişinin belli bir süre toplumla uyumlu davranmasına bağlı olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesini öngörmesi takdir yetkisi içerisindedir.

Öte yandan suçtan zarar görenlerin de Cumhuriyet savcısının kararına karşı kanun yoluna başvurmaları mümkün olduğundan hak arama özgürlüğünün engellendiğinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kuralların Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

**C-** **231. Maddenin Başlığında Yer Alan '' Ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması' İbaresi İle (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmaması anlamına geleceğinden hak arama hürriyetini ve eşitliği zedelediği, toplum barışını, bireylerin güven ve huzurunu sağlamadığı ve kamu yararına dayanmadığı bu nedenle Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (5) ve (14) numaralı fıkraları iptal başvurusundan ve bu başvuru ile ilgili ilk inceleme toplantısının yapılmasından sonra çıkarılan ve 8.2.2008 günlü, 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle önceki yasa metninde (5) numaralı fıkrada belirlenen 'bir yıl' ibaresi 'iki yıl' olarak değiştirilmiş ve böylece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı genişletilmiştir. Ayrıca, (14) numaralı fıkrada şikayete tabi olmayan suçlar kapsama alınırken, Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlar kapsam dışında tutulmuştur.

Böylece (5) numaralı fıkranın birinci tümcesinde yer alan ''bir yıl'' ibaresi ile (14) numaralı fıkrası 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değiştirildiğinden konusu kalmayan istemler hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu batı ülkelerinde genellikle kabul edilmiş olan bir kurumdur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması (probation) esasına dayanır. Hakim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tabi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır.

Fransız hukukunda bu kurum, ilk önce 2.2.1945 tarihli Kanun'la çocuk suçlular hakkında uygulanmaya başlanmış, daha sonra 1975 yılında yapılan değişiklikle yetişkinleri de kapsamına almıştır. Belçika'da aynı kurum 29.6.1964 tarihli bir Kanun'la hukuk sistemine getirilmiştir. Bu örneği, Hollanda, Japonya, Polonya, İsviçre gibi ülkelerde de görmek olanaklıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin dava konusu fıkralarında hükmün açıklanmasının ertelenmesinin koşulları, denetimli serbestlik tedbirleri, denetimli serbestlik koşullarına uygun davranılması veya ihlal edilmesi hallerinde ne tür bir uygulama yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

(5) numaralı fıkra ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu düzenlenmiş, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuş, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade edeceği belirtilmiştir.

(6) numaralı fıkra uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) numaralı fıkraya göre, açık­lan­ma­sı­nın ge­ri bı­ra­kıl­ma­sı­na ka­rar ve­ri­len hü­küm­de, mahkûm olu­nan ha­pis cezası er­te­le­ne­mez ve kı­sa sü­re­li ol­ma­sı ha­lin­de se­çe­nek yap­tı­rım­la­ra çevrilemez.

(8) numaralı fıkraya göre, hük­mün açık­lan­ma­sı­nın ge­ri bı­ra­kıl­ma­sı ka­ra­rı­nın ve­ril­me­si ha­lin­de sa­nık, beş yıl sürey­le de­ne­tim sü­re­si­ne tâ­bi tu­tu­lur. Bu sü­re için­de bir yıl­dan faz­la ol­ma­mak üze­re mahkeme­nin be­lir­le­ye­ce­ği sü­rey­le, sa­nı­ğın de­ne­tim­li ser­best­lik ted­bi­ri ola­rak;

a) Bir mes­lek ve­ya sa­nat sa­hi­bi ol­ma­ma­sı ha­lin­de, mes­lek ve­ya sa­nat sa­hi­bi ol­ma­sı­nı sağla­mak ama­cıy­la bir eği­tim prog­ra­mı­na de­vam et­me­si­ne,

b) Bir mes­lek ve­ya sa­nat sa­hi­bi ol­ma­sı ha­lin­de, bir ka­mu ku­ru­mun­da ve­ya özel ola­rak ay­nı mes­lek ve­ya sa­na­tı ic­ra eden bir baş­ka­sı­nın gö­ze­ti­mi al­tın­da üc­ret karşılığın­da çalıştırılmasına,

c) Bel­li yer­le­re git­mek­ten ya­sak­lan­ma­sı­na, bel­li yer­le­re de­vam et­mek hususunda yü­küm­lü kı­lın­ma­sı­na ya da tak­dir edi­le­cek baş­ka yü­küm­lü­lü­ğü ye­ri­ne getir­me­si­ne,

ka­rar ve­ri­le­bi­lir. De­ne­tim sü­re­si için­de da­va za­ma­na­şı­mı du­rur.

(9) numaralı fıkraya göre, (6) numaralı fık­rası­nın (c) ben­din­de be­lir­ti­len ko­şu­lu der­hal ye­ri­ne ge­ti­re­me­di­ği takdir­de; sanık hak­kın­da mağ­du­ra ve­ya ka­mu­ya ver­di­ği za­ra­rı de­ne­tim sü­re­sin­ce aylık tak­sit­ler ha­lin­de öde­mek su­re­tiy­le ta­ma­men gi­der­me­si ko­şu­luy­la da hük­mün açık­lan­ma­sı­nın ge­ri bı­ra­kıl­ma­sı ka­ra­rı ve­ri­le­bi­lir.

(10) numaralı fıkraya göre, de­ne­tim sü­re­si için­de kas­ten ye­ni bir suç iş­len­me­di­ği ve de­ne­tim­li serbest­lik tedbirine iliş­kin yü­küm­lü­lük­le­re uy­gun dav­ra­nıl­dı­ğı tak­dir­de, açık­lan­ma­sı ge­ri bı­ra­kı­lan hüküm or­ta­dan kal­dı­rı­la­rak, da­va­nın düş­me­si ka­ra­rı ve­ri­lir.

(11) numaralı fıkraya göre, de­ne­tim sü­re­si için­de kas­ten ye­ni bir suç iş­le­me­si ve­ya de­ne­tim­li serbestlik ted­bi­ri­ne iliş­kin yü­küm­lü­lük­le­re ay­kı­rı dav­ran­ma­sı ha­lin­de, mah­ke­me hükmü açık­lar. An­cak mah­ke­me, ken­di­si­ne yük­le­nen yü­küm­lü­lük­le­ri ye­ri­ne getiremeyen sa­nı­ğın du­ru­mu­nu de­ğer­len­di­re­rek; ce­za­nın ya­rı­sı­na ka­dar be­lir­le­ye­ce­ği bir kıs­mı­nın in­faz edil­me­me­si­ne ya da ko­şul­la­rı­nın var­lı­ğı halin­de hü­küm­de­ki ha­pis ce­za­sı­nın er­te­len­me­si­ne ve­ya se­çe­nek yap­tı­rım­la­ra çev­ril­me­si­ne karar ve­re­rek ye­ni bir mahkûmi­yet hük­mü ku­ra­bi­lir.

(12) numaralı fıkraya göre, hük­mün açık­lan­ma­sı­nın ge­ri bı­ra­kıl­ma­sı ka­ra­rı­na iti­raz edi­le­bi­lir.

(13) numaralı fıkraya göre, hük­mün açık­lan­ma­sı­nın ge­ri bı­ra­kıl­ma­sı ka­ra­rı, bun­la­ra mah­sus bir sisteme kaydedilir. Bu ka­yıt­lar, an­cak bir so­ruş­tur­ma ve­ya ko­vuş­tur­may­la bağ­lan­tı­lı ola­rak Cumhuriyet sav­cı­sı, hâkim ve­ya mah­ke­me ta­ra­fın­dan is­ten­me­si ha­lin­de, bu mad­de­de be­lir­ti­len amaç için kul­la­nı­la­bi­lir.

(14) numaralı fıkraya göre, bu mad­de­nin hük­mün açık­lan­ma­sı­nın ge­ri bı­ra­kıl­ma­sı­na iliş­kin hü­küm­le­ri, soruşturul­ma­sı ve ko­vuş­tu­rul­ma­sı şi­kâ­ye­te bağ­lı suç­lar­la il­gi­li ola­rak uy­gu­la­na­bi­lir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasakoyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir.

    Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği,  hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Öte yandan, (12) numaralı fıkrada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle hükmün açıklanması ile ilgili kuralları oluşturan 231. maddenin (5) numaralı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ''bir yıl'' ibaresi dışında kalan bölümünün, başlığında yer alan '' ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması' ibaresi ile maddenin (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraları Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

231. maddenin (12) numaralı fıkrası ile ilgili görüşlere Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A.Necmi ÖZLER katılmamışlardır.

**D-  253. ve 254. Maddelerinin İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, uzlaşma kurumunun kamu davasının açılmamasının ceza yaptırımının uygulanmaması sonucunu doğuracağı, parası olana suçu satın alma olanağını vereceği, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, bu giderlerin Devlet Hazinesinden karşılanacağı öngörülmesine karşın uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde giderin ne şekilde karşılanacağının belirtilmemiş olması nedeniyle, kuralın belirlilik ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımadığı ve bu yapısıyla Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural uzlaşma kurumu ile ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gerçekleştirilen kapsamlı değişikliklerden birisini oluşturmaktadır. Kuralla soruşturma evresindeki uzlaşmayla ilgili değişiklikler yapılmıştır. Soruşturma evresindeki uzlaşmayı düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesi yeniden düzenlenmiş, sekiz fıkradan ibaret olan madde 24 fıkrayı içerir hale getirilmiştir.

Ceza hukukumuzda uzlaşma kurumunun uygulanma kapsamını ilk olarak düzenleyen 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrasında *'Suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi veya doğmuş olan zararın tümünü veya büyük kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleriyle uzlaştıklarında veya bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.'*hükmüne yer verilmişken 5560 sayılı Yasa'nın 45. maddesi ile fıkra yürürlükten kaldırılarak, iptali istenilen kuralla Ceza Muhakemesi Kanunu'na dahil edilmiştir. Başka bir anlatımla, iptali istenilen kuralla, Türk Ceza Kanunu'ndaki uzlaşma ile ilgili hükümleri çıkarılarak, uzlaşma kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu içinde yer almıştır. Uzlaşmanın kapsamına giren suçların bulunduğu Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrasındaki düzenlemenin yürürlükten kaldırılması üzerine, uzlaşma kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde kapsamı genişletilerek yeniden düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde yer alan düzenleme ile Türk Ceza Kanunu'nda veya diğer ceza kanunlarındaki soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçların yanı sıra, şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın aile içi şiddet hariç olmak üzere 'kasten yaralama', 'taksirle yaralama', 'konut dokunulmazlığının ihlali', 'çocuğun kaçırılması ve alıkonulması' ve 'ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması' suçları ile diğer ceza kanunlarında bu konuda açık hüküm bulunan suçlar açısından uzlaşmaya ilişkin hükümler getirilmiştir.

254. maddesinde, kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılacağı, uzlaşma gerçekleştiği takdirde sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verileceği, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde ise sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceği,  geri bırakma süresince zamanaşımının işlemeyeceği, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanacağı belirtilmiştir.

171. maddeye ilişkin gerekçeler iptali istenilen 253. ve 254. maddeler için de geçerli olduğundan Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

253. maddenin (24) numaralı fıkrası yönünden Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

**E- 23.3.2005 Günlü, 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. Maddesinin İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, avukatın baro tarafından görevlendirilmesine rağmen avukata ödenecek ücretin Adalet ve Maliye Bakanlıklarınca belirlenmesinin ve bu ücretin de soruşturma ve kovuşturma organları tarafından ödenecek olmasının, Anayasa'nın 90. maddesi gereği iç hukuk kuralı haline gelen AİHS.'nin 6. maddesinde tanımı yapılan adil yargılanma hakkı ve savunma hakkının özüne bir müdahale olduğu gibi savunma hakkının bağımsızlığını da önemli ölçüde zedelediği, Anayasa Mahkemesi'nin 'avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin her şeyden önce bir serbest meslek olduğunun gözden uzak tutulmaması gerektiği', 'avukatlığın bir kamu hizmeti sayılmış olsa dahi, kamusal yönü çok yoğun olan Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görülüp aynı ölçülere tabi kılınamayacağı'na ilişkin 1.3.1985 günlü, E:1984/12, K:1985/6 ve 23.6.1989 günlü, E:1988/50, K:1989/27 sayılı kararlarında belirtilen yorumu ile bağdaşmadığı, iptali istenilen düzenleme ile uygulama yapıldığında hukuka uygun ve adaletli bir sonuç elde etme imkanının bulunmadığı ve bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural müdafi ve vekil ücretini düzenlemektedir. Buna göre zorunlu müdafilik ve vekillik için, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten karşılanacaktır. Müdafi ve vekile ödenecek ücret yargılama giderlerinden sayılmış ve böylece mahkumiyet halinde sanıktan tahsil edilerek bütçeye geri dönüşünün sağlanması amaçlanmıştır. Bu konudaki ödeme ve uygulamaların ayrıntıları Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

Düzenlemenin amacının, önceki dönemde ödeme ile ilgili ortaya çıkan sıkıntıların giderilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Barolar Birliği tarafından görevlendirilen müdafilere ödenecek ücretler Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından aktarılacak kaynaklarla karşılanabilecektir.

Ücretin belirlenmesi, ödenmesi ve buna ilişkin uygulamaların Adalet ve Maliye Bakanlıklarınca yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen savunma ve adil yargılanma hakkı ile ilgisi kurulamadığından kural Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN bu görüşlere değişik gerekçeyle katılmıştır.

**V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ**

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

**1-** 21. maddesiyle değiştirilen 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının,

**2-**  22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının,

**3-**  23. maddesiyle 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin;

**a-** Değiştirilen başlığında yer alan '' ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması' ibaresinin,

**b-** Eklenen (5), (6)., (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) fıkralarının,

**4-**24. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin,

**5-**25. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesinin,

**6-**30. maddesiyle 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin,

yürürlüklerinin durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 27.2.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

**VI- SONUÇ**

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un:

A- 21. maddesiyle değiştirilen 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin;

1- (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şev ket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 23. maddesiyle;

1- 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin değiştirilen başlığında yer alan '' ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması' ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine eklenen;

a- (5) numaralı fıkranın;

aa- Birinci tümcesinde yer alan '' bir yıl '' ibaresi, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle değiştirildiğinden, bu ibareye ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

bb- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- (6), (7), (8), (9), (10) ve (11) numaralı fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

c- (12) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

d- (13) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

e- (14) numaralı fıkra, 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle değiştirildiğinden, bu fıkraya ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

D- 24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin;

1- (24) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'In karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 25. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 30. maddesiyle, 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

12.3.2009 gününde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| BaşkanHaşim KILIÇ | BaşkanvekiliOsman Alifeyyaz PAKSÜT | ÜyeSacit ADALI |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeFulya KANTARCIOĞLU | ÜyeAhmet AKYALÇIN | ÜyeMehmet ERTEN |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeA. Necmi ÖZLER | ÜyeSerdar ÖZGÜLDÜR | ÜyeŞevket APALAK |

|  |  |
| --- | --- |
| ÜyeSerruh KALELİ | ÜyeZehra Ayla PERKTAŞ |

**KARŞIOY YAZISI**

5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine aşağıdaki nedenlerle karşıyım:

**1. Cumhuriyet savcısına verilen yetki yönünden**

Savcılık kurumu, adaletin yerine getirilmesi için maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlamakla görevli ve varlık nedenini bu ihtiyaçtan alan bir kurumdur. Çağdaş ceza yargılamasında savcının, şüpheli veya sanığın üzerinde bir makam olmayıp, bağımsız mahkeme tarafından sonuca bağlanacak sav ve savunma sürecinde savunma konumunda olan tarafla kamu adına 'silahların eşitliği' ilkesi gereğince yargısal bir ilişki içinde bulunan taraf olduğu kabul edilmektedir. İnsan haklarına dayanan çağdaş ceza sistemlerinde bu ilişkinin niteliğine o denli önem verilmektedir ki, duruşmanın yapıldığı mekanda savunma tarafı ile savcının yer aldığı kürsünün konumu ve yüksekliği dahi adil yargılama ilkesi çerçevesinde değerlendirilmekte; savcının hakimle aynı kürsüde yer alması, buna karşılık avukatların daha aşağı bir konumda oturmaları ve savunmayı oradan yapmalarının adil yargılama ile bağdaşmadığı kabul edilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 170. maddesinin (1) numaralı fıkrasında kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceği, (2) numaralı fıkrasında soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenleyeceği, (5) numaralı fıkrasında iddianamenin sonuç kısmında şüphelinin sadece aleyhine olan hususların değil, lehine olan hususların da ileri sürüleceği belirtilmektedir. Kanunun 'Kamu davasını açmada takdir yetkisi' başlıklı 171. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise *'Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayabilir'* denilerek, savcının dava açmayabileceği haller belirlenmiş olup, bu hallerin dışında, yeterli şüphenin varlığı halinde kamu davası açmak savcının görevidir.  171. maddeye eklenen iptali istenen kurallarla getirilen düzenleme ise bu genel ilkeden bir sapma oluşturmaktadır. Sanık hakkında savlarını ve kanıtlarını ortaya koymanın ötesinde bir görev ve yetkisi bulunmayan savcının, sanığı yargılamadan kurtarma, yargılanmasını önleme veya yargılanmasını erteleme gibi bir lütuf veya atıfet hakkı olamaz.

İptali istenen düzenlemeler arasında yer alan kurallardan özellikle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için CMK 171. maddesinin (3) numaralı fıkrasının c) bendinde yer alan *'Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından daha yararlı olması'* koşulu önemli sakıncalar taşımaktadır. Bu kuralla, savcılara, gerekçesiz ve sübjektif takdire dayalı olarak, neyin toplum için daha yararlı olduğuna karar verme yetkisi tanınmaktadır.

Anayasanın 9. maddesine göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Yargı erkinin Millet adına kullanılmasında toplum yararının da gözetilmesi bu yetkinin doğasından kaynaklanan bir zorunluluk olmakla birlikte, bu hususun takdiri yetkisi Anayasanın 9. maddesi ile mahkemelere verilmiş olup, aynı yetkinin savcılara da teşmil edilmesi Anayasaya aykırıdır.

**2. Savcı bağımsızlığı yönünden**

Hukuk sistemimizde savcı bağımsızlığından söz edilemeyeceği yolunda genel bir kabul ve anlayış bulunduğu yadsınamaz. Anayasanın 138. maddesinde yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, 139. Maddesinde düzenlenen hakimlik ve savcılık teminatı ve 140. Maddesindeki hakimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler ile ilgili yasalarda yer alan güvenceler hakimler yönünden dahi yetersiz iken, hakimlerle aynı güvencelere sahip olmayan savcıların tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık ortamında görev yaptıklarından söz edilemez.  Kovuşturulması ve soruşturulması şikayete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı *'şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı'* olacağı düşüncesiyle kamu davası açılmasını beş yıl süreyle erteleme kararı verecek olan savcının her türlü dış etkilerden uzak şekilde karar verebilme olanağına sahip olması gerekir. Gerçek durumun, bundan uzak olduğu açıktır.

Türk Ceza Kanununun 86. Maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen basit tıbbi müdahaleyle etkisi giderilebilecek yaralama; 116. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki konut dokunulmazlığının ihlali; 123. maddesindeki kişilerin huzur ve sükununu bozma; 133. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarındaki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması; 209. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki açığa imzanın kötüye kullanılması; 233. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali; 234. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları, şüphelisi hakkında kamu davası açılması ertelenebilecek suçlardandır. Bu tür suçlar, toplumda sıkça rastlanabilecek, her sosyal ve ekonomik düzeyden kişilerin işleyebileceği suçlar olmakla birlikte, esasen şikayete bağlı olmaları nedeniyle çoğu kez soruşturma ve kovuşturma konusu olmamaktadır. Ancak, suçtan zarar gören şikayetçi olmuş ise işin ciddiyetle takibi de hukuk devletinin gereğidir. Bu tür durumlarda suçu işleyenin veya zarar görenin toplumca tanınmış, sanat, bilim, kültür, spor, siyaset vb. alanlarda ismi kamu oyunca bilinen kişilerden olması veya konunun medya tarafından öğrenilip sürekli izlenmesi halinde, Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi yönünde olsun, aksi yönde olsun, verebileceği her karar farklı yorum veya eleştiri konusu yapılabilecek, toplumda yargıya güvenin aşınmasına yol açabilecektir.

Yasaların, devletin ve yargının güvenilirliğine, toplumda adalet inancına zarar verebilecek kurallar içermemesi, Anayasanın 2. Maddesinde esasları belirlenen hukuk devletinin gereğidir. İptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 2. Maddesine aykırıdır.

**3. Adil yargılanma hakkı yönünden**

Eski ceza sistemimizde mevcut olan kişisel dava hakkına, 'ceza hukuku reformu' kapsamında kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunlarında yer verilmemiştir. Buna göre, ister şikayete bağlı olsun, ister resen soruşturulsun ve  kovuşturulsun, suçların topluma ve kişilere verdiği zararların önlenmesi, mağdurların çektiği maddi ve manevi acının giderilmesi, bunun yanı sıra suçlunun ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması, tümüyle Devletin sorumluluğunda bulunmaktadır.

Anayasanın 36. maddesinde herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

5271 sayılı Yasanın iptali istenen hükümleri arasında (3) numaralı fıkranın (d) bendinde, diğer koşulların yanı sıra, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulunun aranmış olmasından, bunların gerçekleşmesi halinde şikayet nedeninin ortadan kalkmış olacağının varsayıldığı sonucu çıkarılabilir ise de;  kuralda şikayetin geri alınmasından söz edilmeyip, koşulun yerine gelmiş olup olmadığı hususundaki değerlendirmenin savcıya bırakıldığı, bu itibarla suçtan zarar görenin iradesine yer verilmediği anlaşılmaktadır. Öte yandan Kanunun 253. maddesinde düzenlenen uzlaşma kurumu suçtan zarar görenin serbest iradesine dayanmakta, ancak iptali istenen kurallarla çelişmektedir.

Suçtan zarar görenin şahsi dava açamadığı, Cumhuriyet savcısına yaptığı şikayetinin karşılığını alamadığı, kendince mağduriyetinin giderildiğine ikna olmadığı bir durumda konunun beş yıl süreyle askıda bırakılması hak arama hürriyetine aykırıdır. Bu durumun suçtan zarar görenin hukuk yollarına başvurabileceği veya kanun yoluna gidebileceği gerekçesiyle açıklanması mümkün değildir. Bir başka hakkın kullanılabiliyor olmasının, Anayasadan kaynaklanan bir diğer hakkın kullanılamamasındaki Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmasından söz edilemez. Kaldı ki, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karşı etkin kanun yolu da bulunmamaktadır. İptali istenen 171. maddenin (4) numaralı fıkrasında erteleme süresi (beş yıl) içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde 'kovuşturmaya yer olmadığına karar verileceği' belirtilmiş, (5) numaralı fıkrasında *'Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma ve kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir'* kuralı getirilmiştir. Buna göre, beş yıl süreyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilemeyeceği ve Ceza Muhakemesi Kanununun 172. maddesi gereğince karar, suçtan zarar görene bildirilip itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilemeyeceği gibi, özel sisteme kaydedilmiş karar da açıklanmayacaktır. Bu durumda suçtan zarar görenin itiraz hakkı da beş yıl sonra kullanılabilir hale gelmektedir ki, sürenin uzunluğu karşısında hak arama hürriyetinin zedelendiği açıktır.

Öte yandan, yargılanma halinde beraat, erteleme, para cezasına çevrilme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ceza alma halinde seçenek yaptırımlara çevrilme gibi olasılıklar gözetildiğinde, şüpheli yönünden de kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, beş yıl süreyle yaratacağı belirsizlik ve tedirginlik nedeniyle, davanın açılarak süratle sonuçlandırılması seçeneğine oranla çok tercih edilebilecek bir durum olmayabilir. İptali istenen düzenlemelerde bu konuda da şüphelinin serbest iradesi dikkate alınmamaktadır. Nitekim iptali istenen kurallara ilişkin yasa değişikliğinin gerekçesinde *' '  mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmesine rağmen şüphelinin kabul etmemesi halinde ise; bu maddedeki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, şüpheli hakkında soruşturma konusu suçla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilecektir'* denilmiştir.  Beraat olasılığını da içeren kovuşturma aşamasına geçilmesi yerine beş yıl askıda tutulan bir soruşturmanın şüphelisi olarak kalmanın adil yargılanma hakkına uygun olduğu söylenemez.

Bu nedenle, kurallar, Anayasanın 36. maddesine aykırıdır.

Ceza yargılaması sisteminde gerçek adalet ihtiyaçlarına hizmet etmeyen, diğer ceza hukuku kurumlarının esasen sağladığı seçeneklere önemli bir katkı sağlamayan, buna karşılık somut olaylarda farklı yorumlara ve toplumdaki adalet inancını yıpratıcı algılamalara yol açabilecek bir kurumun, Anayasanın 5. maddesiyle de ters düşeceği açıktır.

Yukarıdaki nedenlerle iptali istenen kuralların Anayasanın 2., 5., 9. ve 36. maddelerine aykırılıktan ötürü iptal edilmeleri gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmamaktayım.

|  |
| --- |
| BaşkanvekiliOsman Alifeyyaz PAKSÜT |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

1- 5271 sayılı Yasa'nın değiştirilen 150. maddesinin (4) numaralı fıkrası :

5271 sayılı Yasa'nın 5560 sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile değiştirilen 150. maddesinin ilk fıkrasında, isteğe bağlı müdafilik; iki ve üç numaralı fıkralarında da zorunlu müdafilikle ilgili kuralla yer verilmiş, dört numaralı fıkrasında ise zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususların, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 142. maddesinde, Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Buna göre, yargılama usullerine ilişkin hususların idari tasarruf olan yönetmeliklerle düzenlenmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Müdafi yardımından yararlanmanın, savunma hakkının kullanılmasının temel unsurlarından biri olduğu kuşkusuzdur. Savunma hakkından ayrı düşünülmesine olanak bulunmayan zorunlu müdafilikle ilgili düzenlemelerin yargılama usulleri kapsamında olduğu ve Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği açıktır.

Yasa'nın 150. maddesinde zorunlu müdafilikle ilgili esaslara yer verildikten sonra (4) numaralı fıkrasında diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilerek idare tarafından yeni esasların düzenlenmesine olanak verilmesi Anayasa'nın yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin 142. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle (4) numaralı fıkranın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

2- 5271 sayılı Yasa'nın değiştirilen 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası :

5560 sayılı Yasa ile 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine fıkralar eklenerek 'hükmün açıklanmasının geri bırakılması' adı altında yeni düzenlemelere yer verilmiştir.

Ceza hukukundaki çağdaş gelişmelere uygun olarak, daha hafif kabul edilebilecek suçlar yönünden, her suçlunun hemen cezalandırılması yerine davranışlarının sonuçlarını, topluma karşı sorumluluklarını yeniden değerlendirebilmesi için bir denetim sürecinden geçirilmesine olanak tanınması, bu arada suçtan zarar görenin tatmininin de sağlanmasını içeren düzenlemelere yer verilmesi, insan onurunu öne çıkaran devlet anlayışı içinde önemli bir yeniliktir. Ancak, belirtilen amaç ve anlayış çerçevesinde getirildiği anlaşılan ve bu nedenle de kişi ve hak ve özgürlükleri bakımından ileri bir aşamayı oluşturan dava konusu düzenlemenin, Anayasa ile uyumlu olabilmesi için, hukuk devletinde vazgeçilemez kabul edilen sav, savunma ve  adil yargılanma hakkı  gibi, bazı temel hak güvenceleri konusunda duraksamaya yol açmaması gerekir.

231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, 'Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir' denilmektedir. 5271 sayılı Yasa'nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen 'temyiz' yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından 'itiraz', diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükme karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289. maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlâllerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir. Anayasa aykırılığın hangi şekilde giderileceği ise kuşkusuz, yasakoyucunun takdirinde olan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle Yasa'daki düzenleme biçimiyle Anayasa'nın 2 ve 36. maddelerine aykırı olan (12) numaralı fıkranın, iptali ve yeniden düzenleme yapılması için yasakoyucuya süre verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

3- 5271 sayılı Yasa'nın değiştirilen 253. maddesinin (24) numaralı fıkrası :

5271 sayılı Yasa'nın 'özel yargılama usulleri'ni düzenleyen beşinci kitabının 'uzlaşma ve müsadere' başlıklı ikinci kısımında yer alan ve 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen dava konusu 253. maddesinin (24) numaralı fıkrasında, uzlaşmanın uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir' denilerek yargılama usulleri kapsamında bulunduğu açık olan hususların düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır.

Belirtilen nedenle, yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. maddesine aykırılık oluşturan Kural'ın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

|  |
| --- |
| ÜyeFulya KANTARCIOĞLU |

**EK GEREKÇE**

Başvuran Mahkeme 171. maddenin itiraz konusu fıkralarının Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de  bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

 Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyorum.  12.3.2009

|  |
| --- |
| ÜyeAhmet AKYALÇIN |

**KARŞIOY ve DEĞİŞİK GEREKÇE**

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

1- 21.maddesiyle değiştirilen 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin iptali istenen (4) numaralı fıkrasının Anayasaya uygunluk denetimi:

Söz konusu fıkrada *'Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir'*denilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlenmeler yer almaktadır. Ceza muhakemesi yargısında şüpheli veya sanığa zorunlu müdafii görevlendirilmesinin ve onun tarafından yapılacak hukuki yardımın, ceza muhakemesinin savunma bölümünü oluşturması nedeniyle yargılama usullerinden olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 142. maddesinde *'Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir'* denilerek, yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin aykırılığı ileri sürülen (4) numaralı fıkrasında, yargılama sürecine katılarak hukuki yardımda bulunması öngörülen zorunlu müdafilik ile ilgili diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilerek, idareye yargılama usullerini yönetmelikle düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu durum, yargılama usullerinin kanun ile yapılmasını öngören Anayasa'nın 142. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptali gerekir.

2- 23. maddesiyle 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine eklenen ve iptali istenen (12) numaralı fıkrasının Anayasaya uygunluk denetimi:

(12) numaralı fıkrada *'Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir'* denilerek, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267. ila 271. maddelerinde  esas ve usulleri belirtilen  itiraz yoluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının incelenmesinin istenebileceği öngörülmüştür.

Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen 231. maddenin;

(5) numaralı fıkrasında, yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması halinde mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile kurulan hükmün hukuki sonuç doğurmayacağı;

(6) numaralı fıkrasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamasının,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmasının,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesinin,

aranacağı;

(8) numaralı fıkrasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanığın, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulacağı, bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebileceği;

(9) numaralı fıkrasında da altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen *< Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,'>* ne ilişkin koşul derhal yerine getirilemediği takdirde, verilen zarar denetim süresince aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesi şartıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği;

ifade edilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için öncelikle; Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen kovuşturmaya ilişkin yargılama usulü uygulanıp iddia, savunma ve deliller değerlendirildikten sonra, isnat edilen eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin, eylemin suç teşkil ettiğinin ve bu suça göre hükmedilecek cezanın da iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olduğunun saptanarak yargılamanın bitirilmesi gerekmektedir. İkinci olarak (6) numaralı fıkradaki koşulların varlığı  saptandıktan sonra, beş yıllık denetim süresine tabi tutularak, bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemece takdir edilmek koşulu ile denetimli serbestlik tedbiri olarak,  meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak için eğitim programına devam etmesine, meslek veya sanat sahibi ise  kamu kurumunda veya  aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,  zararın derhal yerine getirilememesi halinde ise zararın denetim süresince aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesine de karar verilerek asıl suça ilişkin mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Böylece, ortada sabit olduğu kabul edilen suçtan verilmiş, ancak kesinleşmemiş bir mahkumiyet hükmü bulunmaktadır. Bu hükümle birlikte, bir yıldan fazla olamamak üzere verilmesi mümkün olan denetimli serbestlik tedbirlerinin, kişinin davranış özgürlüğüne müdahale eden kurallar olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Denetimli serbestlik tedbirlerinin bu yönü ile açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kesinleşmemiş bir mahkumiyet kararına dayanılarak kişinin davranış özgürlüğüne müdahale edildiği ortaya çıkmaktadır.  Böyle bir uygulamaya neden olan kararın, yasaya uygunluğunun denetiminin, kuralda yalnızca *'itiraz'* yoluyla sağlanabileceği öngörülmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen ve olağan kanun yolu olan itiraz,  istinaf veya temyiz yolunda olduğu gibi kovuşturma sonucu verilen nihai bir hükmün esasına ilişkin bir inceleme yapmayı sağlayamamakta, daha çok yargılama yöntemi ve dava şartları gibi usul hükümlerine yönelik uygulamaların denetimine olanak vermektedir. Nitekim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılacak itiraz ile de itiraza bakmaya yetkili merci verilen cezanın süresi, adli para cezası olup olmadığı, aranan diğer koşulların bulunup bulunmadığı, denetimli serbestliğin yasaya uygun olarak verilip verilmediği gibi konuları incelemekle yetinecek ancak, hükmün istinaf veya temyizde olduğu gibi esasıyla ilgili herhangi bir inceleme yapamayacak, dolayısıyla suçluluğun hükmen sabit olduğu hukuki anlamda ortaya çıkmayacağı için kesin hüküm olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kesinleşmiş bir hükümle suçluluğu sabit olmayan bir kişi hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir. Denetimli serbestlik tedbirinin bir hükmün sonucu olarak uygulandığı dikkate alındığında, o hükmün esasının da incelenmesine imkan veren bir kanun yolunun öngörülmesi gerekir. Aksi halde, sübut, suçun niteliği, zaman aşımı gibi hükmün esasını ilgilendiren konularda yapılması muhtemel adli hatalar, denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasından sonra incelenebilecek, hata yapıldığı saptandığında da denetimli serbestlik tedbirinin haksız yere uygulandığı ortaya çıkacaktır. Böyle bir adli hatanın ise hukuki güvenliği zedeleyeceği izahtan varestedir.

Yasa koyucu,  suç ve suçlu ile mücadelede ihtiyaç duyduğu  yasal düzenlemeleri yapmakta geniş takdir yetkisine sahip ise de bu yetkisini, Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalarak yerine getirmesi gerekmemektedir.

Ceza sistemine yeni getirilen ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı olarak uygulanan denetimli serbestlik kurumunun dayanağı olan mahkumiyet hükmünün esasının incelenmesine olanak vermeyen, *'Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir'* biçimindeki (12) numaralı fıkranın Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen *'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz'* kuralına aykırıdır.

İptali gerekir.

3- 24. maddesiyle değiştirilen 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin iptali istenen (24) numaralı fıkrasının Anayasaya uygunluk denetimi:

(24) numaralı fıkrada *'Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir'*denilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlenmeler yer almaktadır. Aynı Kanunun 253. ve 254. maddelerinde yer alan uzlaşma ile ilgili kurallar uyarınca, yasada belirtilen kimi suçlarda şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması için, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisinin, kovuşturma aşamasında ise hakimin, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifi girişiminde bulunacağı ve uzlaşma gerçekleştiğinde de şüpheli hakkında soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise davanın düşmesine karar verileceği öngörülmüştür. Uzlaşmanın, kamu davasının açılmamasına veya açılmışsa düşmesine neden olan sonuçlar doğurması nedeniyle mahkemelerin görev ve yetkileriyle işleyiş ve yargılama usullerinden olduğu konusunda, uzlaşmanın uygulanmasının da bu kapsamda kabul edilmesi gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 142. maddesinde *' Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir'* denilerek, yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinin aykırılığı ileri sürülen (24) numaralı fıkrasında, kamu davasının açılmamasına, açılmışsa düşmesine neden olan ve bu yönüyle de mahkemelerin görev ve yetkileriyle işleyiş ve yargılama usullerinden sayılan uzlaşma kurumunun, uygulanması ile ilgili hususlarda idareye yönetmelikle düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu durum, yargılama usullerinin kanun ile yapılmasını öngören Anayasa'nın 142. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin (24) numaralı fıkrasının iptali gerekir.

4- 30. maddesiyle değiştirilen 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istenen ikinci tümcesinin Anayasaya uygunluk denetimi:

Kanunun 13.maddesinin iptali istenen ikinci tümcenin de bulunduğu (1) numaralı fıkrasında *'Ceza Muhakemesi**Kanunu**gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir.****Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.****'* denilmekte, Ceza Muhakemesi Kanunun 325. maddesinde de *'Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi halinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir'* kuralına yer verilmektedir. Buna göre, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak tespit edilen tarife uyarınca müdafie ödenen ücret yargılama giderlerinden sayılarak mahkûm edilen sanıktan tahsil edilmesinin yolu açılmış olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 3 numaralı fıkrasının konuyla ilgili c)  bendinde ise;

***''****Her sanık en azından'*

***'***

*c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve****eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek****;*

***''***

hakkına sahip olduğu ifade edilmekte,

Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrasında da *''Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır'*denilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, şüpheli veya sanığın doğrudan müdafii seçebilmelerine olanak tanıdığı gibi müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederek istemde bulunan şüpheli veya sanığa isteğe bağlı olarak, kimi koşulların bulunması durumda da zorunlu olarak müdafii görevlendirilebileceğini kurala bağlamıştır. İsteğe bağlı görevlendirmedeki koşullardan biri olan müdafi seçebilecek durumda olmadığına ilişkin beyan, mali olanaktan yoksun bulunmanın yanı sıra, başka nedenleri de kapsayan daha geniş bir kavram olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, 6/3-c maddesi para ödemeksizin müdafi yardımından yararlanabilmeyi, mali olanaktan yoksun olma ve adaletin selameti bakımından gerekli bulunma koşullarına bağlamış, doğrudan, isteğe bağlı ve zorunlu müdafii gibi başka nedenlerle görevlendirilmeleri bu kapsamın dışında tutmuştur.

İptali istenilen  ***'Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır'***tümcesi ise  müdafilerin bütününe ödenen ücreti  kapsayan kural niteliğindedir. Yargılama giderlerinden sayılan ve sanığa yükletilmesi de yargılama sürecinin tamamlanıp mahkumiyete ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra mümkün olan bu ücretin, yargılama süreci devam ederken sanıktan tahsil edilmesi hukuken mümkün olmadığı için, adil yargılanma hakkını ihlal etmediği ve bu nedenle de Anayasa'ya aykırılıktan söz edilemeyeceği açıktır. Ancak, mali olanaktan yoksun olma ve adaletin selameti bakımından gerekli bulunma koşulları ile görevlendirilen müdafilere ödenen ücretin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesi uyarınca sanıklara yükletilmesinin mümkün olmadığı ve bu yönüyle de sözleşme ile iptali istenilen kuralın aynı konuda farklı hükümler içerdiği, uygulanması gereken kuralın ise Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca sözleşme hükmü olduğu gözetildiğinde, bu şekilde müdafii yardımı alan sanıklara, mahkum olsalar bile ödenen müdafi ücreti kendilerine yargılama gideri olarak yükletilemeyecektir. İptal isteminin bu gerekçe ile reddi gerekir.

Sonuç olarak;

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

- 21.maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin  (4),

- 23. maddesiyle 5271 sayılı  Kanun'un 231. maddesine eklenen (12),

- 24.maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Kanun'un 253.maddesinin (24), numaralı fıkrarının iptallerine,

- 30. maddesiyle değiştirilen, 5320 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1)  numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin ise iptal isteminin reddine,

Karar verilmesi gerekir.   Bu gerekçelerle çoğunluk kararına katılmadım.

|  |
| --- |
| ÜyeMehmet ERTEN |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (12)  numaralı fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği öngörülmüştür.

Anılan maddenin diğer fıkralarına göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulandığı davalarda, sanık hakkında mahkumiyet kararı tesis edildikten sonra, mahkemece bu kararın açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin ikinci bir karar verilmektedir. Bu kararın verilmesi,  mahkumiyet kararının hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulmakta ve hakkında (8) numaralı fıkrada belirtilen denetimli serbestlik tedbirleri uygulanabilmektedir.

İtiraz kanun yolunda itirazı inceleyecek merci, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267. ve müteakip maddeleri uyarınca itiraz konusu hakkında inceleme yapmak ve karar vermek durumunda olduğundan, yalnız  itiraz edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması  kararının isabetli  olup  olmadığı konusunda karar verecektir. Sanık hakkında verilen ilk karar, diğer bir deyişle mahkumiyet kararının esası ise incelenemeyecektir. Bu suretle, bir yıla kadar ( 5728 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe göre iki yıla kadar) hapis cezası içeren bir mahkumiyet kararında, maddi olayın ve sanığa yüklenen suçun sübuta erip ermediği hususu bir üst mahkemenin denetiminden yoksun bırakılmış olacaktır. Bu durumda,  kanun yolu muhakemesi sonucunda beraat etmesi mümkün olabilecek bir sanık beş yıl süreyle bu haktan mahrum edilmiş olacak ve ayrıca hakkında beş yıl süreyle (8) numaralı fıkrada belirtilen denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir.

Sanık hakkında tesis olunan mahkumiyet kararı için kanun yolu öngörülmemesi ve yalnız hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz hakkı tanınması;  bir ceza yargılamasında mahkum edilen kişinin, mahkumiyet hükmünü daha yüksek bir mahkemeye inceletme hakkından mahrum bırakması nedeniyle hak arama özgürlüğünü engellemekte ve adil yargılanma hakkını ihlâl etmektedir.

Bu nedenlerle, (12) numaralı fıkra Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiği düşüncesinde olduğum için aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

|  |
| --- |
| ÜyeA. Necmi ÖZLER |

**Azlık Oyu**

Anayasa'nın 7. maddesinde 'Yasama  yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.' kuralı yer almaktadır.

Yasama yetkisinin temel oluşunu ve ilk elden kullanılmasını vurgulayan bu kural, anılan yetkinin devredilemez bir nitelik taşıdığını açıklıkla dile getirmektedir. Ancak, teknik ve ayrıntı içeren konularda yasama organı genel ilkeleri belirledikten sonra yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verebilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında 'Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.' ilkesi öngörülmüştür. Bu kuralla, ceza ile ilgili konuların ancak yasayla düzenlenebileceğinin amaçlandığında kuşku yoktur. Aynı maddenin başlangıcındaki suç ve cezanın yasallığı ilkesi de bu amacı destekleyen ve konunun alanını genişleten bir özü içermektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 135. maddesine göre kamu kurumları niteliğindeki meslek kuruluşlarının, mesleğin gereksinimlerini karşılamak, faaliyetlerini kolaylaştırmak ve meslek mensuplarının birbirleriyle ve halka olan ilişkilerinde güveni egemen kılmak gibi ödevleri vardır.

Tüm bu anayasal kurallar birlikte değerlendirildiğinde, suç ve ceza ile dolaylı da olsa ilgili olan konuların yasayla düzenlenmesinin esas olduğu, çerçevesi ve sınırları çizilmeden yasama yetkisinin devredilmesinin olanaksız bulunduğu ve zorunlu avukat atamasıyla ilgili bir görevin temel olarak meslek örgütünün yetki alanı içinde kaldığı anlaşılmaktadır.

Buna karşın, zorunlu müdafilikte bazı konularda düzenleme yapılmasının idareye bırakılması, Türkiye Barolar Birliğinin işlevinin görüş almakla sınırlanması ve  uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin olarak yönetmelikle düzenleme öngörülmesi Anayasa'nın ceza ile ilgili yasallık ilkesi ile kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerine ilişkin yaklaşımlarının aşılması sonucunu doğuracaktır.

Açıklanan nedenlerle 5271 sayılı Yasa'nın itiraza konu 150/4 ve 253/24. maddelerinin   iptali gerekeceği oyuyla kararın bu kısımlarına karşıyım.

|  |
| --- |
| ÜyeŞevket APALAK |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

 06.12.2006 günlü, 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin
Kanunun;

1) 21. maddesiyle değiştirilen 5271 Sayılı Kanunun 'Müdafinin Görevlendirilmesi' başlıklı 150. maddesine eklenen (4) numaralı fıkrada; 'Zorunlu   müdafilikle ilgili diğer hususlar,   Türkiye   Barolar  Birliği'nin  görüşü  alınarak  çıkarılacak  yönetmelikle düzenlenir.'

2) 24. maddesiyle değiştirilen 5271 Sayılı Kanunun 'Uzlaşma' başlıklı 253. maddesine eklenen (24) numaralı fıkrada ise; 'Uzlaşma uygulanmasına ilişkin hususlar
yönetmelikle düzenlenir' denilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 'Savunma' başlığı altında düzenlenen altıncı kısım birinci bölümünde yer alan 'Müdafiin Görevlendirilmesi' ve 'Uzlaşma ve Müsadere' başlığı altında düzenlenen ikinci kısım birinci bölümünde yer alan 'Uzlaşma' Ceza Yargılama Usulü ile ilgili düzenlemeler olduğu açıktır.

 Anayasa'nın 7. maddesinde; 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez' hükmü yer almaktadır.

 Anayasa'nın 142. maddesinde ise 'Mahkemelerin Kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.' denilmektedir. Buna göre yargılama usullerine ilişkin hususların idari tasarruf niteliğinde olan yönetmeliklerle düzenlenmesi mümkün değildir.

Bu durumda yargılama usulüne ilişkin olup, kanunla düzenlenmesi gereken 'Müdafiin görevlendirilmesi' ve 'Uzlaşma' konularının yönetmelikle düzenlenmesini öngören dava konusu kurallar Anayasa'nın 7. maddesi ve 142. maddelerine aykırıdır.

 Açıklanan nedenlerle 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen dava konusu kurallarının iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

|  |
| --- |
| ÜyeZehra Ayla PERKTAŞ |