

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ ANAYASA HUKUKU

Sorgu hâkimlerinin ilk soruşturma sırasında uygulanan bir kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açabilip açamayacakları

Sorgu hâkimlerinin yaptığı soruşturmanın yargılama olup olmadığı.

Sorgu hâkimlerinin bazı kararlarının asliye hâkimlerinin tasdiki olmadan tekemmül edememesi yolundaki Ceza Muhakemeleri Usûlü kanununun 124. maddesi hükmü doktrinde ötedenberi müna-kaşa konusudur. Bazı yazarlarımız (*Kantar, Erem*) bu konuda bir mütaleada bulunmamışlarsa da, doktrinimizde çoğunluğun bu hükümü tenkit ettiği görülmektedir. Bu hükümü müdafaa edenler ise parmakla gösterilecek kadar azdır. Bunlardan *Kıyak*, sorgu hâkiminin karar hâkimi kadar tarafsız olamayacağını, kanun yoluna gitmenin (ki tasdik böyledir) hâkimlik sıfatı ile bağdaşamaz bir tarafı bulunmadığını, burada kanun yolu incelemesinin sadece resen yani istek olmadan yapıldığını, ayrıca yine kanun yolu (itiraz) bulunduğunu, bu kararların gerekçeli olmasına engel bulunmadığını belirtmekte ve maddenin kaldırılmasına lüzum olmadığı sonucuna varmaktadır (1). Buna karşılık hükmün aleyhinde fikirler ileri sürenlerin daha kalabalık olduğu bir gerçektir. Bu fikri ileri sürenlerin başında sayın *Taner*'in geldiği görülmektedir. Bu yazara göre «hakim tarafından verilen bir kararın diğer bir hâkimin tasdiki ile tekemmül etmesi prensiplere çok aykırı düşen bir muameledir. Bu, maznun için teminat teşkil etmesi maksadile konmuş olmaktan ziyade, sorgu hâkiminin bazı işlerde kontrolâ tâbi tutulması düşüncesinden doğmuş bir hükümdür. Zira tasdik ile tekemmül eden kararlar arasında tevkif kararından başka, maznunun lehine olan ke-

(1) KIYAK, Fahrettin: Ceza Usûlündeki sorgu yargıcı kararlarını tasdike tâbi tutan hüküm kaldırılmalı mı? (Adalet Dergisi, 1951, sy. 11, sh. 1736 - 1742).

faletle salıverme, tevkif müessesesinin geri alınması, muhakemenin men'i gibi kararlar da vardır.», «Yeni kanunumuzu hazırlayan ilk komisyonun layihasında da böyle bir şey yoktu, ikinci komisyonca ilâve edilmiştir. Ancak muvakkat maddeler sırasında konmuş olmasına göre yakında kaldırılacağı umulabilir.», «Sorgu hâkiminin son tahkikatın açılması kararı gibi, verdiği diğer mühim kararlardan dolayı kontrolüne lüzum görülmiyerek, yalnız bazı kararları hakkında buna ihtiyaç duyulması kolay izah olunamaz», «Tatbikatta bunun hemen hemen hiç bir faydası yoktur; tasdik makamının işi baştan aşağı tetkik etmeğe, dosyaları okumaya her zaman vakti müsait değildir» (2), «Bu hükmün mucip sebeplerine gelince: ...Eski kanunun meriyete girdiği devirlerde taşralarda sorgu hâkimleri — ki (müstantik) adını taşırlardı — bizzatıure halk arasından seçilen kimselerdi; bunların kanunlara vukufsuzluklarından ve yerli olma itibarile bitarafliklarını her vakit muhafaza edemiyecekleri ihtimalinden dolayı kendilerine karşı adeta bir itimatsızlık vardı; işte bu düşünceler sevkile muahharen sözü geçen kararlarının mahkeme reisinin tasdikile tekemmül etmesi usûlü konularak kontrolleri temin edilmek istenildi. Bugün artık bu mülahazalar varit değildir; çünkü mühim merkezlerde fakültelerimizden mezun değerli sorgu hâkimleri de, halk arasından seçilmeyip kendilerinde muayyen evsaf ve liyakat aranan kimselerdir. Elhasıl vaktile bu hüküm için mevcut farzedilen mucip sebepler bugün kalmamıştır.» (3). Tatbikatta sorgu hâkimlerinin Mevaz Alman kanununda bulunmayan bu hükümden şikâyet ettikleri görülmektedir. Aksoy'a göre, «tasdik edecek zatın tecrübesizliği veya fazla iş arasında dikkatli tetkika vakit bulamayışı yüzünden ademi tasdikle iade edilmesi tahkikatın sevk ve idaresini güçleştirdiği cihetle bu bakımdan sorgu hâkimi üzerinde menfi bir tesir yaptığına ara sıra rastlanmakta ve tahkikatta muvaffakiyetsizlik husule gelmektedir.»; ayrıca, bu «sorgu hâkimliği teşkilâtının sebep ve hikmeti vücudu anlaşılammakta olmasından» ileri gelmektedir (4). Yine tatbikatçılardan Özütürk, bu hükmün sebebinin müstantiklerin yerli halk veya kâtiplerden seçilmesi olduğunu belirtmekte, bunların vazifelerini iyi

(2) TANER: Ceza Muhakemeleri Usûlü. İst. 1934-35 (not tutan Nurullah), sh. 161.

(3) TANER, Tahir: Ceza Muhakemeleri Usûlü. İst. 1945, sh. 130.

(4) AKSOY, Ali Ulvi: Ceza Usûlünde ilk soruşturma. İst. 1945, sh. 42 - 43.

yapamamaları sebebiyle eski kanuna bir tedbir olarak böyle bir kontrol konulmasına mecbur kalındığını ileri sürmektedir (5). *Kunter*, sanığa teminat tanımak endişesi ile hareket edilmediğini kabul etmekte, ancak tasdikin savcı ile sorgu hâkiminin anlaşamadığı hallere münhasır olması gerektiği fikrini benimsemektedir; yalnız ona göre kanun böyle bir yoruma yer vermiyecek şekilde yazılmıştır (6).

Sorgu hâkimlerini bir bakıma öteki hâkimlerden başka bir muameleye tâbi tutan bu kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla bir çok sorgu hâkiminin Anayasa Mahkemesine başvurduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu hususta verdiği kararlar birbirinin aynı olduğu için, biz en son elimize geçmiş bir kararı incelemekle yetiniyoruz (7). Yalnız işaret edelim ki, bu kararlar sadece sorgu hâkiminin Anayasa Mahkemesinde dava açabilip açamayacağı hususunu incelemiş olup, esasa girmemiştir.

Anayasa Mahkemesi kararı :

..... İlk soruşturmayı yapmakla görevli olan sorgu hâkimliğinin, bir mahkeme niteliğinde olup olmadığının belli edilmesi için üç yönün incelenmesi gerekmektedir.

- A) Adli teşkilât kanunlarına göre sorgu hâkimleri,
- B) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu bakımından sorgu hâkimleri
- C) Anayasa'nın 151. ve 44 sayılı Kanununun 27. maddelerine göre mahkeme,

1 — Mehakimi Şer'iyenin ilgasına ve Mehakimin Teşkilâtına ait Ahkâmı Muaddel 1340 günlü ve 469 sayılı Kanununun 1. maddesini değiştiren Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına müteallik Kanununun 25. maddesinde «Türkiye Cumhuriyetinde yetki ve derecesi kanunla belli edilmiş sulh mahkemeleri ve buldukları kazanın adı ile bir başkan ve iki üyeden kurulu asliye mahkemeleri vardır.» ve yine adı geçen Kanununun 3. maddesini değiştiren 26. maddesinde «Asliye Mahkemeleri, sulh mahkemelerinin görevi dışında kalan bütün hukuk, ceza ve ticaret davalarını görür.» ve 28. maddesinde de «Her asliye mahkemesi nezdinde bir C. Savcısı ile lüzumu kadar sorgu hâkimi ve üye yardımcısı bulunur.» denilmekte.

(5) ÖZÜTÜRK, Nejat: Nazarî ve tatbikî ilk tahkikat. İst. 1955, sh. 32/33.

(6) KUNTER, Nurullah: a.g.e. sh. 552/not 152. Mehaç'daki şekil için bk. Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun hazırlık çalışmaları - İstanbul Komisyonunun müzakere zabıtları. İst. 1953, (İstanbul Üniversitesi Türk Kriminoloji Enstitüsü yayını) sh. 127.

(7) Karar metni için bk. 6 ocak 1967, sayı, 12793.

dir. Maddelerin bu açık anlatımına göre, kuruluş kanunlarında ve sonradan çıkan usul kanunlarında mahkemelere görev verilirken, sorgu hâkimliğine, onun mahkeme niteliğinde olduğunu kabul ettirecek yargılama yetkisi tanınmamış ve sorgu hâkimliği, aşağıda açıklananlar dışında bir görevle yükümlü tutulmamıştır.

2 — Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 183. maddesinde, ilk soruşturmanın sanık hakkında son soruşturmanın açılmasına ve muhakemenin men'ine karar verebilmeğe elverişli delillerin elde edilmesinden ve toplanmasından ibaret olduğu açıklanmakta ve 196. maddesinde ise, ilk soruşturma sonunda sanığın cezayı gerektiren bir suç işlediği sanısını verecek yeterli nedenler bulunması halinde son soruşturmanın açılmasına karar verileceğinden söz edilmektedir. Bu maddelere göre ilk soruşturmanın konusu, dellilleri toplamaktan, ereği de, son soruşturmanın açılması, muhakemenin men'i, soruşturmanın geçici olarak durdurulması veya davanın düşürülmesi ile ilgili kararları verebilmekten ibarettir.

Bu noktada sorgu hâkimlerinin kararlarının hukukî nitelikleri üzerinde kısaca durmak gerekir :

A) Sorgu Hâkimlerinin verdikleri son soruşturmanın açılması kararları onanmaya bağlı olmadığı gibi, buna esas yönünden de itiraz edilemez. Bu kararlar o zamana kadar gıyabî, gizli ve yazılı olarak yapılan ilk soruşturma işlemlerini mahkemenin açık, yüze karşı yürütülen yargılamalarının aydınlığına çıkarmak gibi önemli bir sonuç verir; uygulamada mahkemeyi bağlamaz, sanık için kazanılmış hak doğurmaz ve kesin hüküm olmak niteliğini taşımaz.

B) Sorgu Hâkimliğinin muhakemenin men'ine ilişkin kararı :

Bu kararın kesin sonuç doğurmadığı, dolayısıyla kesin hüküm teşkil etmediği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun yazılı emirle bozmaya ilişkin 343. maddesinin son fıkrasında yer alan «Eğer bozma sorgu hâkimi kararları ile davanın esasını halletmeyen mahkeme kararları hakkında ise, yeniden yapılacak tetkik ve tahkik neticesine göre icap eden karar verilir.» şeklindeki hükümden de anlaşılmaktadır. Çünkü madde, yazılı emir yolu ile verilen bu bozma kararının, sanık aleyhine etki yapacağını, duraksamaya yer vermeyecek derecede açıklamış bulunmaktadır. Öte yandan Sorgu Hâkimleri, kamu davasının ortadan kaldırılmasına (Af Kanunu veya zaman aşımı hükümlerinin uygulanmasında olduğu gibi) karar verebilirse de bu çe it kararlar, kamu davasının esasını çözümleyen nitelik taşımazlar.

Bu açıklamalar, sorgu hâkimlerinin, ilk soruşturma evresinde yargılama yapmadıklarını göstermektedir.

Ceza yargılaması, ortak bir faaliyeti gerektirir, mahkemelere özgü, herkese açık duruşma (Anayasa Madde: 135) çevresinde gelişir ve uyuşmazlığı çözümleyen hükümlerle sona erer. Bu bakımdan (Mahkeme) yi, yargılamayı yapan ve uyuşmazlığı kesinlikle çözümleyen organ olarak anlamak zorunluğu vardır. Bu niteliğe sahip olmayan sorgu hâkimliklerinin ise (Mahkeme) deyimi kapsamına girmedikleri kabul edilmek gerekir.

3 — Anayasa'nın 151. maddesinde «Bir davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi için kendisine gelişinden başlamak üzere 3 ay içinde kararını verir.

Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürütür. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır.» denilmekte, 44 sayılı Kanunun 27. maddesinde de, Anayasa Maddesinin birinci fıkrası hükmü tekrarlanmaktadır. Metindeki (Mahkeme) deyimini ile, bu konudaki itiraz yetkisinin mahkemelere tanınmış olduğu açıkça belirmiş bulunmaktadır.

Sonuç :

Anayasa'nın 151. maddesiyle 44 sayılı Kanunun 27. maddesinde «Bir davaya bakmakta olan mahkeme» den söz edilmiş olup, mahkeme kavramı içine girmeyen sorgu hâkimliğinin, Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkisi bulunmadığından istemin 44 sayılı Kanunun 21. maddesi uyarınca reddine üyelerden Hakkı Ketenoğlu, Recai Seçkin ve Ziya Önel'in karşı oylarıyla ve oyçokluğu ile 24/1/1967 gününde karar verildi.

Başkan	Başkan Vekili	Üye	Üye
İbrahim Senil	Lütfi Ömerbaş	Salim Başol	Feyzullah Uslu
Üye	Üye	Üye	Üye
A. Şeref Hocaoğlu	Fazlı Öztan	Celâlettin Kuralmen	Hakkı Ketenoğlu
Üye	Üye	Üye	Üye
Sait Koçak	Avni Givda	Muhittin Taylan	Recai Seçkin
Üye	Üye	Üye	Üye
Halit Zarbun	Ziya Önel	Muhittin Gürün	

KARŞI OY YAZISI

Çoğunluk kararı, Anayasa'nın 151. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurabilecek hâkimlerin bir davayı esas yönünden karara bağlamak üzere davaya bakan hâkimler olduğu, sorgu hâkimlerinin ise davanın esasını karara bağlamaya yetkili hâkimlerden bulunmadıkları için Anayasa Mahkemesine başvuramayacakları ilkesine dayanmaktadır. Buna göre Anayasa'mızın 151. maddesindeki (Bir davaya bakmakta olan mahkeme) sözlerinin ne anlama geldiğinin, Anayasa'ya ne gibi bir ereğe dayanılarak konuldukları dahi gözönünde tutularak, incelenmesi gerekmektedir.

1 — Anayasa'mız, Anayasa Mahkemesini Anayasa'nın koruyucusu olarak kurmuş, belli organlara da doksan günlük süre içinde her hangi bir yasa veya yasama meclisi içtüzüğüne karşı Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal davası açmak yetkisi tanımıştır. Ancak doksan günlük sürenin geçirilmesi veya dava açabilecek organların dikkatsizlikleri veya herhangi bir siyasal düşünceleri yüzünden dava açmamış olmaları sonunda Anayasa'ya aykırı herhangi bir hükmün hukuk düzeni içinde kalması ve uygulanması tehlikesini dahi önlemeyi erek edinen Anayasa koyucusu, mahkemelerin belli bir davada uygulayacakları bir hükmün Anayasa'ya aykırı olup olmadığını Anayasa Mahkemesine incelettirmek yetkisini mahkemelere de tanımıştır. Bu durum, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini gösteren 147., doğrudan doğruya iptal davası açabileceklerini gösteren 149., iptal davası için hak düşüren süreyi bildiren 150. Anayasaya aykırılığın ilgililerce öbür mahkemelerde ileri sürülmesi veya öbür mahkemelerce kendiliklerinden gözönünde tutulması üzerine işin Anayasa Mahkemesine gönderileceğini gösteren 151. ve Anayasa Mahkemesinin gerek iptal davası, gerekse öbür mahkemelerin başvurması üzerine vereceği iptal kararları sonunda Anayasa'ya uymayan hükmün yürürlükten kalkacağı ilkesini benimseyen 152. maddesi hükümlerinin tüm olarak ve birbirleriyle karşılaştırılarak incelenmesinden anlaşılmaktadır. Ayrıca, Anayasa'nın hazırlık çalışmalarına ilişkin belgelerin gözden geçirilmesi dahi, bizi yine bu sonuca ulaştırmaktadır; nitekim, İstanbul Öntasarısının 104. ve 105. maddelerinin hem belli organların, hem de bir davaya bakan mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkili oldukları ve bu Mahkemenin Anayasa'ya aykırılık nedeniyle verdiği iptal kararları sonunda iptal edilen hükümlerin yürürlükten kalkmasını benimsemiş ilkelere dayandığı görülmektedir. (Burada avukat Kâzım Öztürk'ün Türkiye İş Bankası kültür yayınlarından olup Ajans - Türk Matbaası/Ankara, 1966 da basılmış bulunan İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere göre tasnifli bütün tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası adlı kitabına gönderme yapılmıştır). (Cilt 1 S. 75,382 ve 383). Yine Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun yargıya ilişkin hükümleri düzenleyen Alt Komisyonun raporunda (Mahkemelerin hangi hukukî esasları uygulayacaklarının Anayasa'ya dercedilmesi lâzımdır. Eskidenberi mahkemenin bütün kanunları ve idarî tasarrufları kayıtsız, şartsız uygulanacağı düşüncesi ileri sürüle gelmiştir. Halbuki kurulmak istenilen hukuk devletinde böyle bir anlayışa yer verilemez. Mahkeme bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu görürse bu hususta kesin bir karar verilmesini Anayasa Mahkemesinden istiyebilmelidir.) (Cilt 1. S. 561) denilmektedir. Bu Alt Komisyonca yazılan metnin 16. maddesiyle, doğrudan doğruya iptal davası, 17. maddesiyle bu davanın süresi ve 18. maddesiyle de mahkemelerin ellerindeki davayı durdurarak Anayasa Mahkemesine başvurma yetkileri hükme bağlanmıştır. Bu 18. maddenin gerekçesinde sistem açıklandıktan sonra bir kanunun Anayasa'ya uygunluğunu incelemek yetkisinin bütün hâkimlerde bulunduğu ve işin gösterdiği özellik dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin kurulmuş olduğu yazılmakta ve daha sonra «Fakat unutmamak lâzımdır ki, bütün hâkimler Anayasa'ya aykırılık iddiasını incelemeye yetkilidirler. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesinin

üç ay içinde karar vermemesi halinde mahkemelerin Anayasa'ya aykırılık iddiasını resen karara bağlamaları esasen haiz buldukları bir yetkiyi istisnâî olarak kullanmalarından ibaret olup prensipleri ihlâl eden bir mahiyet arz etmemektedir» (Cilt 1. S. 582) denilmektedir.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun raporunda, genel ilkelere yargıya ilişkin bölümünde (Hukuk Devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır. Tasarı, bütün devlet faaliyetlerini kaideler iyerarşısı içinde kazaî murakabeye tabi tutmuş bulunmaktadır. Yasama organının faaliyetleri, yeni kurulan Anayasa Mahkemesinin kazaî denetimi altındadır. Bu denetimin müessiriyetini sağlamak için ilgililere tanınan iptal davası yetkisi yanında, defî yoluyla murakabe imkânı da açık bırakılmıştır.) (Cilt 1. S. 605) denildiği gibi yine o raporda, metin bakımından değişikliğe uğramamış bulunan Anayasa'nın 132. maddesi 1. fıkrası hükmü için, konumuzla ilgili olarak (Tasarının 8. maddesinde Anayasa hükümlerinin yargı organlarını bağlayan «Doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kuralı» olduğu yazılıdır. Bu hale göre hâkim bir kanunu tatbik ederken onun Anayasa'ya uygun olup olmadığını her zaman nazara alabilecektir ve Tasarının 152. maddesinde yazılı olduğu şekilde hareket edebilecektir.) (Cilt 3. S. 3748) sözleri yer almıştır. Hatırlatalım ki Tasarının 152. maddesi, Anayasa'nın 152. maddesinin karşılığıdır. Raporda 151. maddeye gönderme yapılmak istendiği anlaşılmaktadır; zira, bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olan durumlarda mahkemenin yapacağı işlemleri gösteren hüküm 151. maddededir ve 152. maddede bu yönü kapsayan bir hüküm yoktur.

Yine sözü edilen raporda, 151. maddenin gerekçesi olarak, bu maddenin yasaların Anayasa'ya aykırılığının itiraz yoluyla ileri sürülmesi usulünü düzenlediği, Anayasa Mahkemesinin kurulması sonucunda, bir dava sırasında ortaya atılacak olan bir yasanın Anayasa'ya aykırılığı iddiasının, artık kural olarak, mahkeme için bir bekletici mesele olacağı, davanın sürüncemede kalmasını önlemek üzere, Anayasa Mahkemesinin en çok üç ay içinde işi karara bağlaması gerekeceği, üç ay içinde Anayasa Mahkemesi karar vermezse Anayasa'ya aykırılık yönünü mahkemenin kendisinin inceleyip çözümleyeceği bildirilmiştir. (Cilt 3. S. 3787).

Adı anılan Komisyonun raporunda 145. maddenin gerekçesinde (Cilt 3. S. 3706) (Tasarı, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun kazaî murakabesi prensibini kabul etmiştir. Bu prensip, memleketimiz için yenidir. Yıllardan beri, Anayasa'ya aykırı kanunlardan şikâyet edilen memleketimizde, bu prensibin kabul edilmesi, mühim gelişmelerden biri telâkki edilmiş ve bu sebeple son batı Avrupa Anayasalarında görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi teşkili uygun görülmüştür.) sözleriyle Mahkemenin ne gibi bir ihtiyacı karşılamak ereğiyle kurulduğu özellikle belirtmiştir.

Kimlerin Anayasa Mahkemesine başvurarak iptal davası açabileceğini düzenleyen 149. maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında bir üye, (Egemenlik kayıtsız, şartsız ulusundur.) dendiğine göre, verdiği oylarla kurulan meclisi denetleyebilmesi için yurttaşların Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmaya yetkili kılınmaları gerektiğini ileri sürerek

bir önerge vermiştir.) (Cilt 3. S. 3775). Bunu destekleyen başka bir üye, Anayasa Mahkemesinin kapısının kişilere sım sıkı kapatılmış bulunması ile temel hak ve hürriyetlerin öz sahibi olan kişiler için teminat kalmayacağını, temel hak ve hürriyetleri çiğneyenlerin resmî kişiler olduğunu, iptal davası açma hakkının ise yalnızca bu resmî kişilere tanınıp hakkı çiğnemenen yurttaşlara tanınmadığını ortaya atmıştır (Cilt 3. S. 3776). Herkesin dava açabilmesi görüşüne karşılık komisyon sözcülerinden Ardıçoğlu, bunun bugün için artık bırakılmış bir yol olduğunu (Cilt 3. S. 3773), Aksoy ise, iptal davası açma yetkisinin belli kişilere verildiğini, öbürlerinin ise ancak defi yoluna gitmelerinin kabul edildiğini, Mecliste bir yandan herkesin iptal davası açma yetkisinin herkesten esirgenmesinin istendiğini söyledikten sonra (Halbuki biz bu fikirlerin ortasında bir yol tutarak, iptal davası açmak hakkını mahdut şahıslara ve teşekküllere tanıdık, diğerlerine de, davalarını defi yoluyla her zaman dermeyan etmek imkânını verdik), (S. 3778), meclis üyelerinden Necip Bilge (27 milyon vatandaştan dava hakkına sahip 10-15 milyon vatandaşı nazarı itibara alacak olursak, bir kanunun iptal edilmesi hususunda re'sen bir kaç dava hakkı tanımak çok tehlikeli olur. Kaldı ki, Anayasa'ya aykırı bir kanun vatandaşa tatbik edilmişse o kişi defi yoluyla Anayasa Mahkemesine müracaat yapabilir. Onun için defi dışında iptal davası bir istisna olmak gerekir.) Esat Çağa ise bütün yurttaşlara iptal davası yetkisinin tanınmasının doksan günlük hak düşüren süre dolayısıyla yurttaşların yararına olmayacağını savunmuş ve (Kanunlar menfaatlerimize dokundukları zaman Anayasa'ya bir kanunun mugayir olup olmadığını düşünürüz. Onun için 151. maddede vatandaşa bir imkân tanınmıştır. Anayasa'ya mugayir görüyorsak def'an dermeyan etmemiz lâzımdır... Binaenaleyh defi yolu dava yolundan vatandaşın daha lehindedir. Vatandaş için en teminatlı yol ihtiyarî edilmiştir.) demiştir.

Anayasa Mahkemesine ilişkin hükümlerin ilki olan 147. maddenin görüşülmesi sırasında Temsilciler Meclisinde söz alan üyeler (Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın koruyucusu olacaktır.) (S. 3754), (Devlet tekilâtimizde yer alacak olan yeni müessese, hukuk devletinin tahakkukuna hizmet edecek bir müessesedir. İnşallah bundan sonra kanunların Anayasa'ya aykırı olmayacak şekilde tedvini bu müessesenin kontrolü ile mümkün olacak ve memleketimiz hakikaten çoktan beri özlenen hukuk devletine kavuşacak ve büyük milletimiz bundan büyük huzur ve refah duyacaktır.) (S. 3776), (Anayasa Mahkemesi, insan haklarını korumak ve kötü niyetli iktidarların baskı rejimi kurmalarını önlemek bakımından pek çok faydalar sağlayacak) (S. 3770) diyerek mahkemenin kuruluş amacını belirtmişlerdir.

II — Yukarıki bentte anılan hazırlık çalışmalarından anlaşılıyor ki Anayasa'nın 151. maddesi hükmü, Anayasa'nın 132. maddesinin 1. fıkrasındaki (Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler) yollu hükümle bağlantılıdır ve baktığı davada her hukuk kuralından önce Anayasa'yı uygulamakla ödevli tutulan hâkim, belli davada uygulayacağı bir yasa hükmünün Anayasa hükmüyle çatıştığını gördüğünde Anayasa'nın 151. maddesindeki açık hüküm uyarınca davayı durduracak ve Anayasa Mahkemesin-

den karar isteyecektir ve şayet Anayasa Mahkemesi üç ay içinde karar vermemiş bulunursa o zaman Anayasa'ya aykırılık sorununu kendisi çözümlenecektir; başka deyimle belli davada hâkim tarafından Anayasa'nın uygulanması, eğer o konuda Anayasayla çatışır gibi görünen bir yasa hükmü varsa, Anayasa'ya aykırılık yönü için Anayasa Mahkemesinden karar istenmesi ve şayet karar 3 ay içinde verilmezse, bu yönün kendisi tarafından karara bağlanması biçiminde olacaktır.

III — Davaya bakmak, onu sonuçlandırmak için incelemek demektir. Yoksa her halde davanın esasını karara bağlamak için incelemek değildir. Görevsiz veya yetkisiz bir mahkemede dava açılmış ise, o mahkemenin görev veya yetki yönünü incelemesi dahi, Türk Hukuk dilinde davaya bakmaktır. Davayı görmek sözü de yine o anlamda kullanılır.

IV — Anayasa'nın 151. maddesinde Anayasa'ya aykırılık iddiasının mahkemece ciddi görülmemiş olması halinde bu yönün temyiz merciince esas kararlar birlikte inceleneceği hükmüne dayanılarak 151. maddedeki mahkemenin esas üzerinde karar verebilecek mahkeme olduğu sonucuna varılamaz; çünkü, Anayasa'ya bu hükmün konulmasının nedeni, (Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu iddia esas hükümle birlikte karara bağlanır) yollu yazılıştan ve hazırlık çalışmalarındaki belgelerden (Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesi Cilt 3. S. 3787) anlaşıldığı üzere, Anayasa'ya aykırılık iddiasının reddine ilişkin ara kararının son karar beklenmeksizin temyiz edilebilmesini ve böylece davaların sürüncemede kalmasını önlemektir. Bundan dolayı, bu hüküm, soru hâkimlerini Anayasa Mahkemesine başvurmak yetkisinden yoksun bırakacak biçimde yorumlanamaz.

V — Anayasamızda hâkim ve mahkeme sözleri, çoğu kez, eş anlamlı sözler olarak kullanılmıştır; nitekim 32. maddedeki tabii hâkim, tabii mahkeme, olağan mahkeme; 132/3 teki mahkeme kararları, hâkim kararları; 22/6 daki mahkeme hâkim, geçici 9. maddenin 1. fıkrasındaki mahkeme, hâkim; 14, 15, 16, 17 ve 27. maddelerin 2. fıkralarındaki mahkeme; 22/4 teki hâkim tarafından, mahkeme tarafından, 22/5 teki hâkim, mahkeme; 30/1 ve 30/4 teki hâkim, mahkeme ve yine 30/4 teki mahkeme sözcüğü de hâkim anlamına gelmektedir. Buna göre Anayasa'mızın 151. maddesindeki mahkeme sözcüğünün de hâkim yerine kullanıldığı kabul edilebilir. Bu, o denli doğrudur ki maddedeki mahkeme, sözcüklerinin yerine hâkim sözcüğü yazılmış olsaydı metnin anlamında hiç bir değişiklik olmazdı.

Gerek medeni yasada, gerekse öbür yasalarımızda da hâkim ve mahkeme sözlerinin eş anlamlı olarak kullanıldığı hükümler çoktur; Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'mızda ve olağan yasalarımızda ve özellikle Anayasa'nın 151. maddesinde, (Hâkim) ve (Mahkeme) sözlerinin birbirini yerine, eş anlamlı sözler olarak kullanıldığını kabul etmektedir. (Anayasa Mahkemesinin esas 1966/15, karar 1966/33 sayılı, 20/9/1966 günlü kararı, gerekçe II ve bu gerekçede anılan 1965/2-57 sayılı ve 26/10/1965 günlü kararı - Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 4, S. 189 ve 190).

VI — Yukarıki açıklamalardan anlaşıldığı üzere Anayasa'nın 151. mad-

desi, defi yoluyla Anayasaya aykırılığın hâkim önünde ileri sürülmesini sağlamak ereğiyle Anayasa koyucu tarafından kabul edilmiştir. Sorgu hâkimi, esas hakkında kesin karar verebilen bir hâkim değilse de, kişisel durumu bakımından bir adliye hâkimi olduğu, herkesçe kabul edilmektedir. Sorgu hâkimi ancak kamu davasından sonra davaya el atan ve ilk soruşturma yaparak davayı yürüten bir hâkim olduğu için davaya bakan bir hâkimdir. Bu hâkime karşı gerek sanık, gerekse kişisel davacı, her türlü iddia ve savunmada başka deyimle her türlü defi veya itirazda bulunabilirler. Anayasa'ya aykırılık itirazı da bu savunmaların en önemlilerindedir. Buna göre, sorgu hâkimlerine karşı baktıkları dava dolayısıyla ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazını, öbür itirazlar gibi gözönünde tutmak ve itirazı ciddi görürse davayı durdurarak işi Anayasa Mahkemesine ulaştırmak yetkisinin bu hâkimlere tanınması, 151. madde hükmünün konulmuş amacına uygun ve bu yetkinin tanınmaması, Anayasaya aykırı olur.

VII — Defi veya itiraz yoluyla Anayasa'ya aykırılık iddiasını hâkime karşı ileri sürme yetkisi, Anayasa'mızda kişilere Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma yetkisinin tanınmamış olmasına karşılık Anayasa'ya aykırı hükmün kendilerine uygulanmasına engel olmak amacıyla tanınmıştır. Sorgu hâkimi kamu davasının açılması sonunda davaya bakmakta olan bir hâkimdir; o halde, Anayasa'ya aykırılık iddiasının ona karşı da ileri sürülmesi ve onun da işi Anayasa Mahkemesine ulaştırarak karar isteyebilmesi, yurttaşın Anayasa ile korunmuş hak ve hürriyetlerinin bir an önce gerçekleştirilmesi bakımından zorunludur.

İlk soruşturma yolu, yurttaşlar bakımından, beraatle sonuçlanabilecek davaların açılarak yurttaşların herkese açık duruşmalarda sanık olarak kamuya tanıtılmasını önleme ereğiyle konulmuştur. Yurttaşların haysiyetlerinin korunmasını hak ve hürriyetlerine bir an önce kavuşmalarını ve adaletin gecikmeden ortaya çıkmasını sağlama, Anayasa'nın başlıca temel ilkelerindedir. Anayasa'ya aykırı bir hükme dayanılarak kendisine karşı ilk soruşturma açılmış olan bir yurttaşın Anayasa'ya aykırılık savunmasını sorgu hâkiminin ciddi görmesi veya sorgu hâkiminin davaya temel olan ceza hükmünü Anayasa'ya aykırı görmesi durumunda davayı durdurarak işi Anayasa Mahkemesine göndermesi, ilk soruşturmanın ve Anayasa'nın yurttaşların haysiyetlerini koruma ve adaleti gecikmeden ortaya çıkarma ereklerinin gereği, çoğunluk düşüncesi ise bu ereklere ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır.

VIII — Sorgu hâkimlerinin son soruşturmanın önlenmesine ilişkin kararlarının asliye hâkiminin onamasına bağlı bulunması, bu kararların hâkim kararı sayılmamasını gerektirmez; nitekim, ağır ceza mahkemelerinin ölüm cezasına, veya ölüncüye dek ağır hapse ve belli bir sınırı aşan hapse ilişkin kararları da Yargıtay'ca incelenip onanmadan hiç bir hukukî sonuç doğurmazlar. Bu durum, onların hâkim kararı ve ağır ceza mahkemelerinin başkan ve üyelerinin hâkim sayılmasına hiç bir zaman engel olamaz.

Tekrarlıyalım ki bu hâkimler, bir çok kararlarıyla davayı sonuçlandırmaktadırlar, sorgu hâkimlerinin yaptıkları ilk soruşturma, ceza dava-

sında gerçeğe varılması için zorunlu olduğu gibi bu hâkimler son soruşturmanın açılmasının önlenmesine, zaman aşımı veya af dolayısıyla davanın ortadan kaldırılmasına karar vererek davayı sonuçlandırma yetkisine de sahiptirler. Verdikleri bu türlü kararlar, son soruşturma sonunda verilen kararlar oranında kesin hüküm değerini kazanmaz ise de, bu kararların davaya son verdikleri ve belli bir ölçüde kesin hüküm değerini taşıdıkları da, bir gerçektir; sorgu hâkimi dahi belli sonuçlara varmak üzere işlemler yapan, yasa ve öbür hukuk kurallarını tıpkı son soruşturma yapan hâkim gibi uygulayan ve davanın esasına karar verebilecek mahkemece işin ele alınmasına engel olup davayı sonuçlandıran kararlar veren bir hâkim olması dolayısıyla, onun dahi davanın sonuçlandırılması için uygulayacağı usule veya esasa ilişkin hükümlerin Anayasa'ya aykırılığını Anayasa Mahkemesine incelettirme yetkisi olmalıdır.

Öğreti alanında, ileri sürüldüğüne göre, son soruşturma açılmaması kararları, uyuşmazlığı dolayısıyla sonuçlandırır, sorgu hâkimi, eylemin suç olmaması nedeniyle talepten reddine veya son soruşturmanın açılmamasına karar verdiğinde, bu kararlar işin esasını doğrudan doğruya çözdükleri için taraflar bakımından kesinleşince, kesin hüküm niteliğini alırlar. (Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul 1961 No. 146/4, No. 454/II, 455/1), son soruşturmanın açılmaması kararıyla kamu davası ortadan kalkar, bu karar ancak «İzafi kesin hüküm» etkisini doğurur, bundan dolayı, kararın kesinleşmesinden sonra «Dava, ancak yeni vakıaların veya yeni delillerin meydana çıkması halinde açılabilir» (Ceza Yargılama Usulü Ka. 204) (Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Ajans - Türk Matbaası, Ankara 1964 No. 124).

Son soruşturmanın açılmaması veya davanın ortadan kaldırılması gibi kamu davasını sona erdiren kararları dahi verebilen bir hâkimin, açılmış dava üzerine bir sonuca varmak amacıyla o davayı incelemesine soruşturma denilmekle yetinilip davaya bakma denilmemesi, hukukî gerçeği olduğu gibi değerlendirmek sayılamaz. Ceza Usulü Yasasının değişik 197. maddesindeki (Sorgu hâkimi, maznunun muhakemesinin men'ine karar verirse bu kararında fiilî veya hukukî sebeplerden hangisine istinat ettiğini gösterir.) hükmü, sorgu hâkiminin de son soruşturma sonunda karar verecek olan mahkeme gibi hukuk kurallarını uygulayacağını belirttiği gibi son soruşturmanın açılması kararında sorgu hâkiminin hangisi olduğunu yazması ödevi de yine onun öbür hâkimler gibi hukuk hükümlerini uygulayacağını anlatmaktadır. Yine Ceza Usulü Yasasının değişik 204. maddesindeki (Sorgu hâkimi muhakemenin men'ine karar verip de bu karar kat'ileştikten sonra dava, ancak yeni vakıaların veya yeni delillerin meydana çıkması halinde tekrar açılabilir.) hükmü de sorgu hâkiminin son soruşturma açılmaması kararı ile ceza davasının bittiğini, hiç bir tartışmaya yer bırakmayacak açıklıkta, bildirmektedir. Af ve zaman aşımı yüzünden davanın ortadan kaldırılması kararları dahi, kuşkusuz, yeni davayı sona erdiren nitelikte kararlardır. Şayet sorgu hâkiminin Anayasaya aykırı gördüğü bir ceza hükmü iptal edilirse onun vereceği karar dahi yine davayı sonuçlandıracaktır.

Bu açıklamalardan anlaşılıyor ki, son soruşturma yapan bir hâkim gi-

bi hukuk kurallarını uygulayan ve yerine göre davayı sona erdirecek nitelikte kararlar verebilen sorgu hâkiminin davaya baktığını kabul etmemek ve yalnızca son soruşturma yapan hâkimlerin davaya baktıkları ilkesini benimsemek, usul kanununun sözüne de, özüne de uygun değildir.

IX — Bir an için Anayasa'nın 151. maddesindeki (Davaya bakan mahkeme) sözlerinin (Davanın esası üzerinde karar vermek üzere davaya bakan mahkeme) anlamına geldiği varsayılsa bile, Anayasa'daki bu yazılış, sorgu hâkimlerinin Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisinden yoksun bırakılması amacıyla benimsenmiş sayılamaz; çünkü, bir kez yukarıki bentlerde açıklanan hazırlık çalışmalarından hiç birinde söz konusu yetkinin yalnızca davanın esasına hükmedebilecek hâkimler için tanınmak istendiğini gösteren hiç bir söz yoktur; bütün hazırlık çalışmalarında iptal davasının gerek davacılar, gerekse süre bakımından sınırlandırılmış olmasından yurttaşlar için doğan sakıncayı karşılamak ve iptal davası açma süresinin geçirilmiş olması yüzünden yürürlükte kalmış bulunan Anayasa'ya aykırı hükmün yürürlükten kaldırılmasını sağlamak için yurttaşa defi veya itiraz yolunu açmak düşüncesi ortaya atılmış ve bunun için (Davaya bakan mahkeme) den söz edilmiştir. Gerçekten, yurttaşın hakkının korunmasını isteyebileceği ve yurttaşın Anayasa'ya aykırılık iddiasını tam bir güven içinde ileri sürebileceği resmî bir yer düşünülünce ilk hatıra gelen yer, esas davaya bakacak olan mahkemedir ve bundan dolayı 151. maddede davaya bakmakta olan mahkemeden söz edilmiş olabilir, yoksa sorgu hâkimlerini maddenin kapsamı dışında tutmak için hiç bir hukukî neden yoktur. 151. maddede, davada uygulanacak hüküm sınırlandırmasının konulması da, bir defi veya bir itirazın, hukuk bakımından, ancak davada uygulama yeri olabilecek bir hüküm için söz konusu edilebilmesindedir; davada uygulama yeri olmayan bir hüküm için Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisinin tanınması, bütün mahkemelere hem de doksan günlük süre söz konusu edilmeden, bütün yasalar için iptal isteme yetkisinin tanınması demek olur ki, 149 ve 150. maddelerde benimsenen ilkeye aykırı düşerdi. Demek ki davaya bakan mahkemeden söz edilmesi, olsa olsa, dava ile uğraşan hâkimler için en uygun olan durumu anlatmak amacıyla dayanır, yoksa davayı sonuçlandırmak üzere davanın ortadan kaldırılması veya son soruşturma açılması kararları verebilecek olan sorgu hâkimlerini Anayasa Mahkemesine başvurmadan yoksun bırakmak ve böylece yurttaşa son soruşturmaya değin Anayasa'ya aykırı bir hükmün uygulanmasına göz yummak amacıyla değil...

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü çoğunluk kararına karşıyız.

Üye
Recai Seçkin

Üye
Ziya Önel

Üye
Hakkı Ketenoğlu

I — Olay :

İzmir Birinci Sorgu Hâkimliği Ceza Muhakemesi Usûlü kanununun 124. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve sorgu hâkim-

lerince verilecek bazı kararların mensup oldukları asliye mahkemesi başkanı veya hâkiminin onayı ile tekemmül edeceğini gösteren hükmün, Anayasa'nın 132. madesine aykırı olduğu kanısına vararak bu maddenin iptaline karar verilmesini istemiştir. Anayasa Mahkemesi, sorgu hâkiminin Anayasanın 151. ve 44 sayılı kanununun 27. maddelerinde itiraza yetkili kimselerin gösterildiğini belirterek, davanın esasına bakmadan önce sorgu hâkiminin Anayasa Mahkemesinde anayasaya aykırılık davasını açabilip açmayacağı konusu üzerinde durmuştur. Mahkeme davayı reddetmiştir. Karar çoğunlukla alınmıştır.

II — Halli gereken hukukî mesele :

Anayasa Mahkemesi davanın esasını ele almadan önce, bir ön sorun olarak, sorgu hâkimlerinin Anayasa Mahkemesinde bir kanunun Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptal davası açma yetkileri bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durmuştur.

III — Meselenin hal tarzı :

Çoğunlukta olan üyeler sorgu hâkiminin böyle bir dava açma yetkisi bulunmadığını; azınlıkta kalan üyeler ise sorgu hâkimlerinin Anayasa Mahkemesinde dava açma yetkisi bulunduğunu kabul etmişlerdir. Şimdi bu iki fikir üzerinde duralım.

A — Sorgu Hâkimlerinin dava açma yetkisi yoktur.

Bu husustaki gerekçeler üç noktada toplanabilir.

1) Anayasanın mahkeme demiş olması :

Her iki kanun metninde de daima «Mahkeme» terimi geçmekte, sorgu hâkiminden veya hiç olmazsa hâkimden bahsedilmemektedir. Metindeki mahkeme deyimi ile bu konuda dava açma yetkisinin mahkemelere tanınmış olduğu açıkça belirtilmiş bulunmaktadır.

2) Sorgu hâkimlerinin mahkemeler arasında sayılmamış olması :

Mahkemelerin kuruluşlarından söz eden kanunlarda, Sulh mahkemelerinden, Asliye mahkemelerinden bahsedilmiş, Asliye Mahkemeleri nezdinde bir Cumhuriyet Savcısı ile lüzumu kadar sorgu hâkimi bulunacağını beyanla yetinilmiştir.

3) Sorgu hâkimlerinin yargılama yetkisi bulunmaması :

Sorgu hâkimlerinin verdiği kararlar kesin hüküm teşkil etmemektedir. Ayrıca, bunlara dayanarak kazanılmış haktan da söz edilemez; nitekim, yazılı emir ile bozma halinde sanığın aleyhinde sonuç doğurulması kabul edilmektedir. Nihayet, bunların kararları kamu davasının esasını çözümliyen kararlar değildir; af kanunu, zamanaşımı hallerinde verdikleri kararlar böyledir.

Mahkemeler ise uyuşmazlığı çözen kararı verirler. Sorgu hâkimleri böyle karar veremezler.

B — Sorgu hâkimlerinin dava açma yetkisi vardır.

Bu husustaki gerekçeler dokuz kısımda toplanmıştır.

1) Bütün hâkimlerin anayasaya aykırılığı araştırabilecekleri.

Anayasanın hazırlık çalışmalarında bütün hâkimlerin anayasaya aykırı kanunları uygulamayıp Anayasa Mahkemesine gönderecekleri hususu çeşitli münasebetle belirtilmiş bulunmaktadır.

2) Hâkimlerin karar verirken Anayasayı gözönünde tutmaları.

Anayasanın kendisi, 132. maddesinde hâkimlerin Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden bahsetmektedir. Bu durumda, sorgu hâkimi de karar verirken Anayasaya dayanacaktır; kanun anayasaya aykırı ise, bu aykırılığı tesbit ettirmesi Anayasanın mantığı icabı olmaktadır.

3) Sorgu hâkiminin yaptığı faaliyetin davaya bakmak olduğu.

Sorgu hâkimi esas hakkında karar vermez denmektedir. Bu demek değildir ki, davaya bakmamaktadır. Davaya bakmak mutlaka esas hakkında karar vermeği gerektirmez. Sadece görev ve yetki bakımından bakıp olumsuz karar vermek halinde de davaya baktığı kabul edilmelidir. Böylece, anayasanın 151. maddesinde aradığı «Bir davaya bakmak» şartının ilk soruşturmada var olduğu anlaşılmaktadır.

4) Aykırılık iddiasının ciddî bulunmaması halinde verilen kararın ayrıca temyiz edilemeyeceği.

Anayasaya göre, davaya bakmakta olan mahkeme anayasaya aykırılık iddiasını ciddî bulmazsa, bu nokta Yargıtayda gözönünde bulundurulur. Bundan, Yargıtaydan önce ancak esas hakkında ka-

rar veren mahkemenin Anayasaya aykırılık davası açabilip, ondan önce yetkili olan hâkimin açamayacağı anlamını çıkarmak yerinde değildir. Burada Yargıtaydan bahsedilmesinin sebebi, sadece mahkemenin iddiayı ciddî görmemesi halinde ayrıca temyiz yolunun açık bulunmadığını belirtmektir; maksat, esas hükümlerle birlikte temyize gidileceği kaidesini koymaktır.

5) Anayasanın hâkim - mahkeme ayırımında titiz olmadığı.

Anayasamız, bazı maddelerinde hâkim demiştir; bu, aslında mahkemedir. Bazı maddelerinde mahkeme demiştir; bu aslında hâkimdir. Bazı maddelerinde ise, hâkim veya mahkeme demesi anlama tesir etmemektedir. Burada, mahkeme denmiş olmasına dayanarak hâkimlerin ve sorgu hâkimlerinin böyle bir yetkileri olmadığı ifade edilmek istenmiştir denemez.

6) Savunma hakkı.

Anayasamız, savunma hakkına da yer vermiştir ve bir kimseye uygulanacak olan kanunun anayasaya aykırılığı iddiası savunmaların da en kuvvetlisidir. Savunma hakkına yer veren bir anayasanın en kuvvetli savunma vasıtasını sırf sorgu hâkimi önünde olduğu için kabul etmemesi tasavvur olunamaz.

7) İlk soruşturmanın süzgeç görevi.

İlk soruşturmanın kabûlünde güdülen gayelerden biri, beraatle sonuçlanacak işlerin son soruşturmaya kadar sürüklenmesini önlemektir. Bu suretle, vatandaşların açık duruşmalarda herkese tanıtılmadan haklarının teslim edilmesi gerçekleştirilmek istenmiştir. Anayasaya aykırılık ilk soruşturmada tespit edildiğinde yurttaşların haysiyeti de korunmuş olacaktır. Bu bakımdan, aykırılık iddiasının son soruşturmaya bırakılması ilk soruşturmanın gayelerine de uygun düşmemektedir.

8) Otomatik kanun yolu.

Sorgu hâkimlerinin kararları otomatik kanun yoluna tâbidir; fakat bu, onların hâkim sıfatını kaldırmaz. Aksi kabul edildiğinde bazı ağır cezalı hükümler için kabul edilmiş otomatik temyiz yolu da ağır ceza mahkemeleri başkan ve üyelerinin hâkim sayılmaması sonucunu doğururdu ki, kabul edilemeyeceği açıktır.

9) Sorgu hâkiminin yetkisizliğinin belirtilmediği.

Hazırlık çalışmalarının hiç bir yerinde sorgu hâkimlerinin anayasaya aykırılık davası açamayacakları hakkında bir açıklık yoktur; aksine, yurttaşa defî olarak bu hakkın her hâkim huzurunda tanınmış olduğu gösterilmektedir. Mahkemeden bahsedilmiş olması sorgu hâkimlerini bu yetkiden yoksun kılmak, son soruşturmaya kadar anayasaya aykırı hükümlere göz yummak değildir. Bunun sebebi, yurttaşın anayasaya aykırılık iddiasını ileri süreceği yerin, ilk bakışta mahkeme olmasıdır.

IV — Kanaatimiz :

Anayasa Mahkemesi, bir süredir, sorgu hâkimlerince açılan bu çeşit davaları aynı gerekçelerle reddetmektedir (Meselâ, bu hususta son olarak bk. Resmî Gazete, 2/Aralık/1967, sayı 12766; 15/Aralık/1967, sayı 12777; 18/Aralık/1967, sayı 12779). Başta, bir tek karşı oy bulunurken, şimdi karşı oy sahibi olarak üç üyenin adına rastlamaktayız.

Bu konuda azınlıkta kalan üyelerin daha doğru düşüncülerini şimdiden söylemekte bir sakınca bulmuyor ve zamanla mahkemenin içtihadını değiştireceği fikrinde olduğumuzu söylerken bunun bir kehanet olarak kabul edilmemesini istiyoruz. Bu gerçek o kadar açıktır ki, uzun boylu ispatına girişmek dahi fazladır. Mahkemeyi şaşırtan sadece anayasanın metninde «mahkeme» teriminin kullanılması olmuştur. Öteki gerekçelerin hiç biri kabul edilemez. Hele sorgu hâkimlerinin yargılama yapmadıkları yönündeki beyanda hiç bir isabet yoktur. Muhakeme denilen kollektif faaliyet iddia, müdafaa ve yargılama faaliyetinden meydana gelmektedir. İddiayı savcı, müdafaayı sanık ve müdafii, yargılamayı ise hâkim yapmaktadır. Sorgu hâkimi iddia faaliyetinde bulunmaz; bu savcıya aittir. Sorgu hâkimi müdafaa faaliyeti ile de ödevli değildir; bu sanık ve müdafiiine aittir. O halde, kala kala yargılama faaliyeti kalmaktadır. Gerçekten onun yaptığı iş, yargılamadır; yani iddia ve müdafaayı tartarak hangisinin daha ağır bastığını tespit etmekte ve ona göre bir karar vermektedir.

Doktrinde anayasacıların bu konu üzerinde genellikle doğrudan doğruya durmadıkları zannındayız. *Aldıkaçtı*, *Özçelik* ve *Esen* ders kitaplarında sadece anayasa maddesine değinmekle yetinmişler-

dir (8). Esen daha özel bir incelemesinde Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarında sorgu hâkiminin anayasaya aykırılık davası açamayacağını tespit ettiğini belirtmekte, tenkidî bir tutum almamaktadır (9). *Armağan*, doktora tezinde anayasanın «mahkeme» terimini kullandığı ve «davaya bakmak» şeklindeki ifadeyle duruşmayı kastedtiği fikrile, sorgu hâkimlerinin böyle bir yetkisi bulunmadığını ileri sürmektedir (10). Buna karşılık, *Kubalı* «Hâkim kanunu anayasaya aykırılığını gördüğü halde Anayasayı ihmal edip ona aykırı kanunu tatbik edemez. Böyle bir hareket hukuk mantığına uymaz. Aksi halde hâkim hukukî değerden mahrum bir kanunu tatbik etmiş olmakla adalete aykırı bir iş görmüş olur.» (11) demekte, fakat bu konunun anayasa maddelerinin incelendiği kısımda üzerinde durulacağından meseleye girmemektedir. *Erem* de, özel olarak bu noktaya değinmemekte, fakat anayasadaki «Mahkeme» terimi dolayısıyla sorgu hâkimlerinin bu yetkiye sahip bulunmadıkları fikrini ileri sürmemektedir. Hatta, *Erem*'in böyle bir fikirde bulunmadığı, aksine ilk soruşturmada da anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülmesini mümkün kıldığı söylenebilir. Gerçekten, yazar, «Anayasaya aykırılık iddiası (ön itiraz)'lardan değildir. Bu sebeple davanın her hal ve safhasında yapılabilecektir.» dediğine göre (12), ilk soruşturmada yapılamıyacaktır, şeklinde bir sonuca varmadığı açıktır; fakat meselenin tam üzerinde durduğu da söylenemez.

Bu meselenin üzerinde açıkça durup, doğru sonuca varan yazar *Kunter* olmuştur. Ona göre, «Anayasanın (m. 151) ve 44 sayılı kanunun (Davaya bakan mahkeme) tâbirini kullanmasına bakarak, «sorgu hâkimliği mahkeme değildir ve davaya bakmaz) diyerek, sorgu hâkiminin uygulayacağı kanun hakkında Anayasa Mahkemesine başvurmasını kabul etmemek kanunların anayasaya uygunluğunun kontrolü müessesesinin gayesine aykırı ve hatalı bir yo-

(8) Esen, B. Nuri: Anayasa Hukuku - Genel Esaslar. Ankara, 1963; Aldıkaçtı, Orhan: Anayasa hukukunun gelişmesi ve 1961 anayasası. İst. 1963; Özçelik, Selçuk: 1961 anayasası ders notları. Fas I, İst. 1965.

(9) Esen, B. Nuri: Anayasa mahkemesine göre Türk Anayasa Hukuku anlayışı. Ankara, 1966, sh. 22/23.

(10) Armağan, Servet: Anayasa mahkememizde kazaî murakabe sistemi. İst. 1967, sh. 78/79.

(11) Kubalı, H. Nail: Anayasa Hukuku. Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler. İst. 1965, sh. 187.

(12) Erem, Faruk: Ceza Usûlü Hukuku. Ankara, 1964, sh. 300.

rumdur. Kanun koyucu mahkeme derken hâkimlik ve mahkeme makamları arasındaki farkı düşünmüş değildir. Davaya bakmak ise, muhakeme kollektif faaliyetinde yargılama görevi yapmak mânâsıdır ve sorgu hâkiminin yaptığı da yargılamadır.» (13).

Esas itibariyle bizim anayasamızdaki sistemden farklı olmayan İtalyan anayasasının İtalyadaki uygulaması sırasında İtalyan Anayasa Mahkemesi açıkça sorgu hâkimlerinin dava açma yetkisi olduğunu kabul etmiştir (14). Bu o kadar tabii görülmüştür ki, hiç bir yazar tersini ileri sürmüştür değildir.

Her ne kadar, İtalyan mevzuatında bizde olduğu gibi mahkeme denmemiş, adli makam (=autorità giudiziaria) denmiş isede, bu fark oradaki çözüm şeklinin bizde reddedilmesini gerektirmemelidir, çünkü, orada da, bizde sorgu hâkimleri nasıl asliye mahkemesine bağlı iseler, orada da «... mahkemesi nezdindeki sorgu hâkimi=il giudice istruttore presso il Tribunale...» denmektedir. Bunun gibi, «Sezione istruttoria della Corte d'Appello=İstinaf mahkemesi sorgu dairesi» gibi bir bağılık ifade etmesine rağmen, sor-

(13) Kunter, Nurullah: a.g.e., sh. 355/not 52.

(14) Anayasa mahkemesinin bu husustaki bazı kararları için, Bk. Giustizia penale 1965, Parte I, col. 78, 226; 1964, Parte I, 1964, Parte I, col. 142, 148, 214, 259); 1963, Parte I, col. 334, col. 262, 267; 1958, Parte I, col. 266; 1957, Parte I, col. 326, 396).

(15) İtalyada bu konu hakkında hüküm ihtiva eden iki kanun vardır. 9 şubat 1948 tarihli ve 1 sayılı anayasal kanunun 1. maddesinde «Resen veya bir muhakeme (giudizio) sırasında taraflardan birince ileri sürülüp hâkim tarafından açıkça temelsiz sayılmıyan, bir kanunun veya kanun kuvvetini haiz kararnamenin anayasaya aykırılığı meselesi karar vermesi için Anayasa Mahkemesine gönderilir.» denmekte, Anayasa Mahkemesinin kurulmasına ve işleyişine dair 11 mart 1953 tarihli ve 87 sayılı kanunun 23. maddesinde adli makam (=autorità giudiziaria) demektedir. Bu maddenin ikinci fıkrasında «Anayasaya aykırılık meselesi çözümlenmeden muhakemenin karara bağlanamayacağı veya ileri sürülen meselenin açıkça temelsiz saymadığı hallerde, adli makam bir kararla... evrakları Anayasa Mahkemesine gönderir ve yapılmakta olan muhakemeyi durdurur.» (Metinler için, bk. Giuliani, Giuseppe: La corte costituzionale. Milano, 1962, sh. 295 ve 303). İtalyan Anayasa Mahkemesi, yargılama yetkisi bulunduğu için liman reisini (comandante del porto) ve infaz hakimini, adli makam sayarak bunların anayasaya aykırılık davası açabileceklerini kabul etmiştir (Bk. Giustizia penale, 1960, Parte I, col 324 ve 1965, Parte I, col. 91).

gu hâkimlerinin değil, fakat bağlı buldukları mahkemelerin dava açması gerektiği gibi bir fikir ileri sürülmemiştir.

Unutmamalıdır ki, yargılama bir uyumsuzluğu çözmek için iddia ve müdafaanın ışığı altında yapılan bir karar verme faaliyetidir. Bu karar makamını bozan anayasanın aradığı manada yani bağımsız ve tarafsız hâkim işgal edebilir, bazan bu nitelikleri olmayan bir kimse işgal edebilir. Bu durum yapılan faaliyetin yargılama olmadığını kabûle zorlamaz (16). Bunun gibi, yargılamanın tam veya eksik olması da mümkündür (17). Son soruşturmada sanığın mahkûmiyetine de, beraatine de karar verilebilmektedir; bu bir tam yargılama (giurisdizione piena) dır. İlk soruşturmada ise sorgu hâkimi sadece beraate hükmedebilmekte, (yani son soruşturmanın açılması, men'i muhakeme kararı verebilmekte), fakat mahkûmiyete hükmedememektedir; bunun sebebi soruşturmanın gizli olması, tahkik sisteminin esaslarının ağır basması dolayısıyla sorumluluğu tespit için uygun bir muhakeme yapılamamasıdır. O halde sorgu hâkiminin bu son halde bir eksik yargılama (giurisdizione semipiena) yaptığı kabul edilmelidir. Fakat yargılamanın eksikliği bu faaliyetin idarî sayılmasını gerektirmez. Kaldı ki, bazı hallerde sorgu hâkiminin sorumluluğu tespit etmesine bile imkân verildiği görülmektedir. Örneğin, emniyet tedbirinin uygulanmasına karar vermesini T.C.K. m. 46 kabul etmiştir; sorgu hâkimi fiilin işlendiğini tespit edecek ve bu hususta karar verecektir.

Anayasa Mahkemesinin azınlıkta kalar üyelerinin fazlalaşarak yakında bu noktayı doğru bir çözüm şekline kavuşturmalarını temenni ederiz.

Prof. Dr. Öztekin TOSUN

(16) Kunter, N: a.g.e., sh. 78.

(17) Bellavista, Girolamo: Lezioni di diritto processuale penale. Milano, 1960, sh. 236.