

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**Esas Sayısı : 2021/49**

**Karar Sayısı : 2021/96**

**Karar Tarihi: 16/12/2021**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:** Bakırköy 14. Ağır Ceza Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU:** 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesinin Anayasa'nın 2., 9. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

**OLAY:** Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma veya sağlama suçundan açılmış olan dava sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yönelik itirazın incelemesi sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

## I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

### A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu 11. maddesi şöyledir:

*“Yargılamaya katılamayacak hâkim*

*(1) Ceza Muhakemesi Kanununun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz.”*

### B. İlgili Görülen Kanun Hükümleri

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

1. 23. maddesi şöyledir:

*“Yargılamaya katılamayacak hâkim*

*Madde 23- (1) Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.*

*(2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.*

*(3) Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.”*

2. 163. maddesi şöyledir:

*“Soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılması*

*Madde 163- (1) Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.*

*(2) Kolluk âmir ve memurları, sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler."*

## **II. İLK İNCELEME**

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 3/6/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından için esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

## **III. ESASIN İNCELENMESİ**

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Mustafa Erdem ATLIHAN tarafından hazırlanan için esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

### **A. Anlam ve Kapsam**

3. 5271 sayılı Kanun, hâkimlerin tarafsızlığını sağlamak amacıyla çeşitli güvenceler getirmiştir. Hâkimin davaya bakmaktan yasaklanması, hâkimin reddi ve hâkimin çekinmesi bu bağlamdaki güvencelerdendir.

4. Hâkimin davaya bakmaktan yasaklılık hâli anılan Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'un 22. maddesinde, hâkimin davaya bakamayacağı hâller sayılmıştır. Bu hâllerde hâkimin davaya bakmaktan yasaklanması suretiyle tarafsızlığı güvence altına alınmıştır. Bu çerçevede hâkimin gördüğü dava veya tarafı ile bazı kişisel ilişkilerinin bulunmasının tarafsızlığına zarar verdiği mutlak bir karine olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla maddede sayılan hâller söz konusu ise hâkim kendiliğinden çekilmek zorundadır.

5. Öte yandan hâkimin daha önce vermiş ya da katılmış olduğu bir kararın etkisinde kalabileceği düşünülerek Kanun'un 23. maddesinde üç ayrı görev yasağı öngörülmüştür. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrası uyarınca daha önce bir karara veya hükme katılan hâkimin, bu hüküm veya kararla ilgili olarak kanun yollarına başvurulması hâlinde, yüksek görevli mahkemedeki yargılamaya katılması yasaklanmıştır.

6. Maddenin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen görev yasağına göre ise aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış olan bir hâkim kovuşturma evresinde görev yapamaz. Ancak bu hükmün uygulama alanı, itiraz konusu kural ile daraltılmış olup kural gereğince sadece Kanun'un 163. maddesine göre soruşturmayı Cumhuriyet savcısı yerine yapan sulh ceza hâkimi, aynı için kovuşturma aşamasında hâkim olarak görev yapamayacaktır. Anılan maddeye göre suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Bu takdirde kolluk amir ve memurları,

sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler. Bu itibarla Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen bir soruşturma kapsamında tutuklama, arama, el koyma, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirme gibi kararları veren sulh ceza hâkiminin aynı işin kovuşturma evresine hâkim olarak katılması görev yasağı kapsamına girmemektedir.

7. 23. maddenin (3) numaralı fıkrasında ise yargılamanın yenilenmesi hâlinde önceki yargılamada görev yapan hâkimin aynı işte görev alması yasaklanmıştır.

8. Hâkimin reddi kurumu ise 24. maddede düzenlenmiştir. Anılan maddeyle hâkimin davaya bakarken tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer nedenlerin varlığı hâlinde de hâkimin reddinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. 22. ve 23. maddelerin aksine hâkimin tarafsızlığından şüpheye düşürecek nedenler her olaya göre farklılık gösterebileceğinden bu nedenler kanun koyucu tarafından sınırlı olarak sayılmamıştır.

9. Hâkimin çekinmesi kurumu da 30. maddede hükme bağlanmıştır. Anılan maddede yasaklılığını gerektiren veya tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler dayanarak hâkimin çekinebileceği belirtilmiş ve bunun usulü düzenlenmiştir.

10. İtiraz konusu kural 23. maddenin ikinci fıkrasının 163. madde hükmü dışındaki hâllerde uygulanmayacağı öngörmektedir. Bu itibarla soruşturma aşamasında görev yapan hâkimin kovuşturma aşamasında görev yapamayacağına ilişkin hüküm, sulh ceza hâkiminin soruşturma sırasında savcılık görevlerini yerine getirmesine ilişkin hâllerle sınırlı olarak uygulanacaktır.

## **B. İtirazın Gerekçesi**

11. Başvuru kararında özetle; soruşturma aşamasında doğrudan temas kurmak suretiyle suçlu olup olmadığı konusunda kanaate sahip olan ve bu kanaat ile sanığın tutuklanmasına ya da hakkında adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karar veren hâkimin soruşturma evresinde edindiği ön yargıyla aynı kişi hakkında kovuşturma aşamasında da görev almasının hâkimin tarafsızlığı ilkesini zedelediği ve adil yargılama hakkının özüne dokunduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

## **C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu**

12. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Yargı fonksiyonu, bir hukuki uyumsuzluğun tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşımasıdır (AYM, E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012).

13. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde de "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" denilmektedir. Bu bağlamda davanın tarafsız bir mahkemede görülmesi de adil yargılanma hakkının gerekleri kapsamında kalmaktadır.

14. Genel olarak tarafsızlık davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmamasını, davanın tarafları karşısında ve onların leh veya aleyhlerinde bir

düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 61).

15. Mahkemelerin tarafsızlığı kavramı, görülecek davalar karşısında bizzat mahkemenin kurumsal yapısı ile davaya bakmakla görevli hâkimin tutumu üzerinden açıklanmaktadır. Buna göre tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup hâkimin birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığı öznel tarafsızlık, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı tarafsızlık izlenimi ise nesnel tarafsızlık olarak adlandırılmaktadır.

16. Öznel tarafsızlık, hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız olması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

17. Mahkemelerin tarafsızlığını ifade eden ikinci unsur olarak nesnel tarafsızlık ise mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi ile ilgilidir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön şartı gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015). Bunun yanı sıra yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin herhangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvencelerin sunulması da gerekmektedir (*Tahir Gökatalay*, § 62).

18. Yargılamayı yürüten mahkeme hâkimlerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yönden yakın bir bağının bulunması ya da yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeler tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir şüphe uyandırabileceği gibi davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir.

19. Bu bağlamda hukukumuzda, hâkimin tarafsız kalamayacağı varsayılan veya tarafsızlığından kuşku duyulabilecek durumlarda hâkimin kendi mahkemesinin yetki ve görevine giren bir davaya bakamayacağı veya bakmayı reddedebileceği kabul edilmiştir. Hâkimin yasaklılığı, reddi ve çekinmesi kurumları hâkimin bakacağı davada tarafsızlığını sağlamaya yönelik olup temel bir hak olan adil yargılanma hakkıyla ilişkilidir (aynı yönde bkz. AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013).

20. İtiraz konusu kural, soruşturma aşamasında görev yapan hâkimin kovuşturma aşamasında görev yapamayacağına ilişkin hükmün sulh ceza hâkiminin soruşturma sırasında savcılık görevlerini yerine getirmesine ilişkin hâllerle sınırlı olarak uygulanmasını öngörmektedir.

21. Tarafsızlık ilkesi bakımından işin esası hakkında karar veren hâkimin kovuşturma aşamasından evvel bu davaya ilişkin olarak farklı görevler üstlenip üstlenmemiş olması özellikle ceza yargılamasında önem kazanmaktadır. Soruşturma aşamasında yapılmış olan işlemin ya da alınmış kararın kapsam ve niteliğine bakılmaksızın karar veren hâkimin soruşturma aşamasında görev almış olması tek başına tarafsızlığının zarar görmesi için yeterli

değildir. Bu bağlamda üstlenilen bu görev, hâkimin sanık hakkında suçlu olup olmadığı konusunda bir kanaat edinmesine neden olmamışsa tarafsızlık ilkesi zedelenmeyecektir.

22. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de tarafsızlık ilkesinin ihlal edilip edilmediğini belirlerken işin esasına ilişkin karar veren hâkimin karar öncesi aşamalarda görev almasını yeterli görmeyip görev gereğince yapılmış olan işlemlerin ve alınmış kararların kapsam ve içeriğini gözönünde bulundurmuştur. Buna göre AİHM, hâkimin tarafsızlığı ilkesinin zedelenmemesi için önceki aşamalarda üstlenilen görev gereğince yapılan işlem ve alınan kararların sanığın suçluluğu konusunda bir ön yargı oluşturmaması gerektiğine vurgu yapmıştır (*Hauschildt/Danimarka*, B. No: 10486/83, 24/5/1989, §§ 47-49). Bu bağlamda bir hâkimin yargılamadan önce aynı hususta daha önce karar vermiş olması, tarafsızlığıyla ilgili olarak ortaya çıkan şüpheleri tek başına haklı göstermez (*Ökten/Türkiye* (k.k.), B. No: 22347/7, 3/11/2011); önemli olan yargılama yapılmadan önce bu hâkimin aldığı tedbirlerin kapsamıdır. Ayrıca hâkimin dava dosyasını derinlemesine bilmesi, davanın esası hakkında karar verirken tarafsız olarak değerlendirme yapmasını engelleyen bir ön yargının bulunduğu anlamına gelmez. Sonuç olarak mevcut ilk verilerin değerlendirilmesi, nihai değerlendirme hakkında ön yargı oluşturmaz (*Morel/Fransa*, B. No: 34130/96, 6/6/2000, § 45).

23. 5271 sayılı Kanun'un 163. maddesi çerçevesinde soruşturma işlemlerini yerine getirmeyip başkaca görev yapmış bir hâkimin kovuşturma aşamasında da görev almasının başlı başına hâkimin tarafsızlığı ilkesini ihlal ettiği ve bu suretle adil yargılanma hakkına yönelik bir sınırlama öngördüğü söylenemez.

24. Diğer yandan kural, anılan Kanun'un 23. maddesinin ikinci fıkrasının Kanun'un 163. maddesi hükmü dışındaki hâllerde uygulanmayacağı öngörmek suretiyle yalnızca görev yasakları bakımından bir istisna öngörmekte olup 24. maddede düzenlenen hâkimin reddi kurumuna ilişkin bir sınırlama getirmemektedir. Başka bir deyişle kural uyarınca 163. maddedeki durum haricinde hâkimin aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış olması başlı başına hâkimin görev yapamaması için yeterli olmamakla birlikte tarafsızlığını şüpheye düşürecek herhangi bir nedenin varlığı hâlinde hâkimin reddinin talep edilebilmesi veya hâkimin çekinmesi yine mümkün olacaktır.

25. Bu itibarla kuralın yalnızca görev yasakları bakımından bir istisna öngördüğü, hâkimin reddi kurumuna ilişkin herhangi bir sınırlama getirmediği ve bu itibarla tarafsızlığını şüpheye düşürecek herhangi bir nedenin varlığı hâlinde hâkimin reddinin talep edilebilmesinin veya hâkimin çekinmesinin mümkün olduğu gözetildiğinde kuralın hâkimin tarafsızlığını zedeleyen bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

26. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN, Muammer TOPAL ve Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 9. ve 36. maddeleri yönünden yapılan

değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

#### IV. HÜKÜM

23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Hasan Tahsin GÖKCAN, Muammer TOPAL ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 16/12/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan  
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili  
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili  
Kadir ÖZKAYA

Üye  
Engin YILDIRIM

Üye  
Hicabi DURSUN

Üye  
Celal Mümtaz AKINCI

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
M. Emin KUZ

Üye  
Rıdvan GÜLEÇ

Üye  
Recai AKYEL

Üye  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye  
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye  
Selahaddin MENTEŞ

Üye  
Basri BAĞCI

Üye  
İrfan FİDAN

## Karşı Oy

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK.) 23. maddesinin ikinci fıkrasında, hâkimin yargılamaya katılmayacağı durumlardan biri olarak; aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkimin, kovuşturma evresinde görev yapamayacağı kabul edilmektedir. Bu hükme koştur şekilde, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasında, "Ceza Muhakemesi Kanununun 23'üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163'üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz." denilmek suretiyle CMK'nın çok geniş ve emredici olarak düzenlediği konunun münhasıran, yine aynı Kanunun, 163. maddesindeki hâkimin soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı olarak görev alması durumuna indirgenliği görülmektedir.

CMK'nın 22 ila 32. maddelerinde hâkimin davaya bakmaması halleri ve reddine ilişkin konular düzenlenmektedir. Buradaki temel amaç, davaya bakacak olan hâkimin tarafsızlığı konusunda şüpheye neden olabilecek objektif ve sübjektif nedenlerin varlığı durumunda hâkimin çekinmesi veya taraflarca reddine imkân sağlayacak hukuki alt yapının oluşturulmasıdır.

Hiç şüphe yok ki hâkimin tarafsızlığı konusunda şüphe doğuran sebeplere rağmen ilgili hâkim çok objektif kararlar da verebilir. Ancak bu konudaki düzenlemelerin amaçlarından biri de hâkimin tarafsızlığı konusunda doğabilecek şüphelerin sonuçta verilecek kararın adilliğine ilişkin oluşturacağı negatif etkinin önlenmesidir. Tarafsız olan ve bu şekilde görünen bir hâkim adil bir yargılanmanın öncelikli koşuludur.

Hâkimin tarafsızlığına neden olabilecek olguların belirlenmesindeki güçlük göz önüne alındığında, birçok ihtimali göz ardı eden kategorik yaklaşımların düzenlemelerle ulaşılmaya hedeflenen amacın aksine sonuç doğurma ihtimali yüksektir.

Kabul etmek gerekir ki soruşturma aşamasında görev alan her hâkimin toptancı bir yaklaşımla davaya bakmaktan yasaklı sayılmasının uygulamada çeşitli sıkıntılara neden olma potansiyeli vardır. Bununla birlikte daha sorunlu olan durum ise söz konusu düzenlemenin mahzurlarının kaldırılması amacıyla soruşturma evresinde ifa edilen görevin kapsamının sadece Cumhuriyet savcısı işlevinin ifa edilmesi durumuna indirgenerek sair hallerin kategorik olarak değerlendirme dışı bırakılmasıdır.

Soruşturma evresinde bir hâkim çok çeşitli şekilde görev ifa edebilir. Sorgusunu yaptığı şüphelinin yeni tespit edilen bir eylemi nedeniyle suç duyurusunda bulunabilir (Yargıtay 9. CD.nin 10/6/2014 gün 2013/16131 esas, 2014/7183 sayılı kararı). Arama ve el koymaya ilişkin talepleri değerlendirip bu konuda lehte ve aleyhte kararlar verebilir. Dahası tutuklama, adli kontrol, teknik takip ve iletişimin tespiti gibi etkileri itibarıyla anlık olmayan ve süreç içerisinde yeniden değerlendirilmeleri gereken ayrıca suçun işlendiği yönünde nitelikli kanaat gerektiren kararlar verebilir. Aynı hâkim teorik olarak çeşitlilik arz eden bu kararların birçoğunu aynı soruşturma kapsamında verebilir.

İşin doğası gereği, bu kararların verilmesi sırasında konuyu değerlendiren bir hâkimin olaya ve failine dair kanaat edinmesi ve bunun sonucuna bağlı olarak neticeye ulaşması beklenmektedir.

Şüphesiz karar veren her hâkimin tarafsızlığını yitirdiğini iddia etmek mümkün olmamakla birlikte, tutuklama konusunda karar veren ve tutuklamanın devamına dair bu kararını defalarca yineleyen ya da tutuklama, arama, el koyma, iletişimin tespiti gibi farklı kararları aynı soruşturma kapsamında veren bir hâkimin, aynı olayın kovuşturma aşamasında da görev almasının olayın sanığı durumunda bulunan kişiler nezdinde hâkimin tarafsızlığı konusunda bir tereddüt oluşturacağı aşikardır.

Diğer taraftan CMK'nın 100/1. maddesi gereğince tutuklamaya karar verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığı gerekli olup bu gereklilik suçun sübutu için aranan mutlak inanç durumundan bir önceki aşamadır. Bunun için tutuklama kararı veren bir hâkimin şüphelinin o suçu işlediğine dair kuvvetli bir kanaati olması gerekmektedir. Bu gerekliliğin bir ön yargıya yol açmayacağını iddia etmek de çok zordur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Hauschildt/Danimarka (B.No:10486/83. 24/05/1989) kararında soruşturma aşamasında tutuklama kararı veren hakimin karar duruşmasına katılmasını adil yargılanma açısından ihlal sebebi olarak kabul etmiştir. Mahkemenin burada dayandığı ölçüt, tutuklama kararı verilmesi için dayanılan "tutuklanması talep edilen kişinin suçluluğuna dair yüksek seviyede belirginlik olması" yönünden yaptığı değerlendirmedir (Prg.52).

Diğer taraftan kovuşturma aşamasında tutuklama kararı veren hâkimin aşama değişikliğinde aynı işte yeniden görev alması durumu hâkimin reddi veya çekinme sebebi olarak değerlendirilebilmektedir. Zira CMK'nın 23/1. maddesi, kovuşturma aşamasıyla ilgili olarak bu konuda karar verilmesine olanak tanımaktadır. Nitekim yargılama aşamasında tutuklama kararı veren bir hâkimin görev değişikliğine bağlı olarak başka aşamalarda görev alması halinde bu vakia red veya çekinme sebebi olarak dikkate alınmaktadır.

Buna karşılık, itiraz talebine konu olan kanun hükmü nedeniyle, tutuklama kararını soruşturma aşamasında veren bir hâkimin çekinmesi veya reddi gerekliliğini değerlendirmek kategorik olarak mümkün değildir.

Söz konusu kanun hükmünün mevcut hali, yukarıda sayılan ve artırılması mümkün olasılıkların tümünün değerlendirilmesini dışlayıp konuyu tek bir noktaya indirgeyerek CMK'nın 23/2. maddesinin uygulanma alanını aşırı derecede kısıtlamaktadır. Bu durum adil yargılamanın temel gerekliliği olan ve Anayasa'nın 9. maddesinde karşılığını bulan yargı yetkisini kullanacak mahkemelerin nitelikleri açısından gerekli görülen tarafsızlık özelliğinin sağlanmasında ve Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılanma hakkının yerine getirilmesinde ciddi bir noksanlığa neden olmaktadır.

Yukarıda izah edilen gerekçeler doğrultusunda, itiraza konu edilen ve hâkimin tarafsızlığını değerlendirme imkanını konuyu tek noktaya indirgeyerek ortadan kaldıran 5320 sayılı Kanunun 11. maddesindeki düzenlemenin iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümüzden çoğunluğun, talebin reddine dair düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Başkanvekili  
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
Basri BAĞCI