

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI**

Hatice Derya ORMANOĞLU

(Yüksek Lisans Tezi)

Eskişehir, 2013

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA
ALEYHE DEĞİŞTİRME
YASAĞI**

Hatice Derya ORMANOĞLU

Yüksek Lisans Tezi

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ozan Ercan TAŞKIN

Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Haziran, 2013

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

H.Derya ORMANOĞLU'nun "Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı" başlıklı tezi 28 Haziran 2013 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Yard.Doç.Dr. Ozan Ercan TAŞKIN

Üye : Yard.Doç.Dr.Bülent YÜCEL

Üye : Yard.Doç.Dr.Meral GÜRBÜZ

İmza

.....
.....
.....



Yüksek Lisans Tez Özü

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI

Hatice Derya ORMANOĞLU

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2013

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ozan Ercan TAŞKIN

Tezimizin konusunu oluşturan aleyhe değiştirme yasağı, ceza muhakemesi hukukunda kanun yolları bahsinde karşımıza çıkar. Hüküm hakkında yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, hükmün üst mahkeme tarafından suçun niteliğinin değişmesi gibi sebeplerle bozulması halinde, bozma sonrasında ilk derece mahkemesinin sanığa verilen önceki sonuç cezadan daha fazla ceza verememesini ifade etmektedir.

Aleyhe değiştirme yasağı, hüküm hakkında yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde istinaf, temyiz, yargılamanın yenilenmesi ve bazı hallerde de kanun yararına bozmada geçerli olan bir ilkedir.

Aleyhe değiştirme yasağının uygulanabilmesi için en önemli husus kanun yoluna yalnızca sanık lehine başvurulmuş olmasıdır. Karar hakkında yalnızca sanık, sanık müdafii, sanığın yasal temsilcisi, eşi veya Cumhuriyet Savcısı tarafından kanun yoluna başvurulması gerekir.

Aleyhe değiştirme yasağı, hukuk devleti ilkesinin de geçerli olduğu hukuk sistemlerinde sanığın durumunun ağırlaşacağı kaygısı ve korkusu yaşamaksızın tereddütsüz bir biçimde kanun yoluna başvurmasını sağlamak açısından gerekli ve önemli bir ilkedir.

Anahtar Kelimeler : Ceza muhakemesi, kanun yolları, yasak, ceza, hukuki güvenlik.

Abstract

PROHIBITION OF REFORMATIO IN PEIUS IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Hatice Derya ORMANOĞLU

Department of Public Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, June 2013

Supervisor: Assistant Prof. Dr. Ozan Ercan Taşkın

The subject of this LLM dissertation-prohibition of reformatio in peius- is a topic to be studied in the context of legal remedies in criminal procedure law. The principal characteristic of the prohibition of reformatio in peius is that it is a judicial security for the accused to be able to lodge an appeal without being exposed to a risk of receiving a worse punishment than the judgment in the first instance court.

Prohibition of Reformatio in Peius is a valid principle in the context of appeal on facts, appeal on law, new trial and –in certain cases-reversal of the judgment as a matter of law if the legal remedy is filled only in favour of the accused..

Filling the legal remedy only in favour of the accused is important in the implementing of this principle. The Public prosecutor, the accused, the legal representative and the spouse of the accused must file a motion of legal remedy only in favour of the accused.

The principle is a necessary element of the principle of rule of law. It ensures the effective and secure use of the right to appeal, for the accused without having any concern as to whether the appeal would result in a worse punishment.

Keywords: Criminal Procedure Law, legal remedies, prohibition, punishment, legal security.

05.07.2013

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tez/proje çalışmasının bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Her hangi bir zamanda çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durum saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

H. Derya ORMANOĞLU



Önsöz

Tez çalışmam sırasında; tezin konusunun belirlenmesinden tezin bu aşamaya gelmesine kadar değerli zamanını ayırarak bana yol gösteren danışman hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Ozan Ercan TAŞKIN'a, araştırma görevlisi olarak atandığım günden beri desteklerini esirgemeyen, hoşgörü ve anlayış gösteren Anayasa hukuku ana bilim dalı hocalarım Sayın Yrd. Doç. Dr. Bülent YÜCEL ve Sayın Yrd. Doç. Dr. İlker Gökhan ŞEN'e, tez savunmam sırasında eleştirileriyle yol gösteren jüri üyesi hocam Yrd. Doç. Dr. Meral GÜRBÜZ'e ,hayatımın her aşamasında bana destek olan anneme, babama ve sevgili kardeşime teşekkür ederim...

Özgeçmiş

Hatice Derya ORMANOĞLU

**Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Yüksek Lisans**

Eğitim

Lisans	2008	Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	2004	S.E.V. Anadolu Lisesi, Matematik Bölümü

İş

2009-2013	Avukat, Eskişehir Barosu
2013-	Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kişisel Bilgiler

Doğum Yeri/ Yılı : Sivrihisar/ 01.08.1986 Cinsiyet: Kadın Yabancı dil: İngilizce,
Almanca

İçindekiler

	<u>Sayfa</u>
Jüri ve Enstitü Onayı.....	ii
Öz	iii
Abstract	iv
Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi.....	v
Önsöz.....	vi
Özgeçmiş.....	vii
Kısaltmalar Listesi.....	xi
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

Kanun Yolları ve Aleyhe Değiştirme Yasağı Kavramı

1. Kanun Yolu Kavramı.....	3
1.1. Genel olarak.....	3
1.2. Türk hukuk sistemindeki durum.....	5
2. Kanun Yolu Kurumuna İhtiyaç Duyulmasını Sebepleri.....	8
3. Kanun Yoluna Başvurmanın Etkileri.....	8
3.1. Devretme etkisi.....	9
3.2. Engelleme (Durdurma) etkisi.....	10
3.3. Yayılma etkisi.....	10
4. Kanun Yolu Kurumunun Adil Yargılanma Hakkı ile İlişkisi.....	12
5. Aleyhe Değiştirme Yasağının Kavramsal Çerçevesi.....	16
6. Aleyhe Değiştirme Yasağının Tarihçesi.....	19
7. Türk Hukuk Sisteminde Aleyhe Değiştirme Yasağının Düzenlenişi.....	23
8. Aleyhe Değiştirme Yasağının Hukuki Niteliği.....	25
8.1. Genel olarak.....	25
8.2. Aleyhe Değiştirme Yasağı Lehindeki Görüşler	26
8.2.1. Yüze karşılık (Vicahilik) görüşü.....	27
8.2.2. Hükmün talebin dışına çıkması görüşü.....	29

8.2.3. Kanun yolundan beklenen fayda görüşü.....	31
8.2.4. Adalet düşüncesi görüşü.....	32
8.3. Aleyhe Değiştirme Yasağı Aleyhindeki Görüşler.....	32
8.3.1. Kanunun iradesine aykırılık görüşü.....	33
8.3.2. Üst mahkemenin bağlanması görüşü.....	34
8.3.3. Usul hukukunun insicamı görüşü.....	34
8.4. Bölümün Ara Değerlendirmesi.....	35

İkinci Bölüm

Aleyhe Değiştirme Yasağının Kapsamı ve Sonuçları

1. Kapsamı ve Uygulaması.....	36
1.1. Genel olarak.....	36
1.2. Aleyhe Değiştirme Yasağı ve Kazanılmış Hak İlişkisi.....	37
1.3. Aleyhe Değiştirme Yasağı Kapsamında Değerlendirilen Hususlar.....	40
1.3.1. Yasağının cezaya ilişkin olması.....	40
1.3.2. Ceza miktarı.....	43
1.3.3. Ceza türü.....	45
1.3.4. Cezanın ertelenmesi.....	46
1.3.5. Ertelenmiş cezanın aynen infazına karar verilmesi.....	50
1.3.6. Lehe bozma sonrasında cezanın alt sınırının dışına çıkılması.....	51
1.3.7. Cezada tekerrür uygulaması.....	51
1.3.8. Lehe bozma öncesi kararda yer alan hafifletici sebebin sonraki kararda yer almaması.....	54
1.3.9. Ağırlatıcı sebebin bozmadan sonraki hükümde uygulanması.....	55
1.3.10. Görev yönünden bozma.....	56
1.4. Aleyhe Değiştirme Yasağı Kapsamında Değerlendirilmeyen Hususlar.	58
1.4.1. Hukuki nitelendirme (Suç vasfı).....	58
1.4.2. Maddi hatalar.....	60
1.4.3. Kanun değişikliği.....	63
1.4.4. Ceza muhakemesi hukuku kurallarındaki değişiklikler.....	64

1.4.5. Aleyhe kanun yolu başvurusunun olması.....	65
1.4.6. İnfaza dair durumlar.....	66
1.4.7. Muhakeme giderleri.....	69
1.4.8. Güvenlik tedbirleri.....	69
2. Aleyhe Değiştirme Yasağı ve Lehe Kanun Uygulaması İlişkisi.....	71
2.1. Genel Olarak.....	71
2.2. Lehe Kanunun Belirlenmesi.....	72
3. Aleyhe Değiştirme Yasağının Uygulandığı Kanun Yolları.....	74
3.1. İstinaf.....	74
3.1.1. İstinaf kavramı.....	74
3.1.2. İstinaf ve aleyhe değiştirme yasağı.....	76
3.2. Temyiz.....	77
3.2.1. Temyiz kavramı.....	77
3.2.2. Temyiz ve aleyhe değiştirme yasağı.....	80
3.3. Yargılamanın yenilenmesi.....	80
3.3.1. Yargılamanın yenilenmesi kavramı.....	80
3.3.2. Yargılamanın yenilenmesi ve aleyhe değiştirme yasağı.....	83
3.4. Kanun Yararına Bozma.....	84
3.4.1. Kanun yararına bozma kavramı.....	84
3.4.2. Kanun yararına bozma ve aleyhe değiştirme yasağı.....	85
4. Aleyhe Değiştirme Yasağının Kişi Bakımından Uygulama Alanı.....	86
5. Uyarılama Yargılaması Açışından Aleyhe Değiştirme Yasağı.....	86
6. Tazminat Yönünden Aleyhe Değiştirme Yasağı.....	88
7. Aleyhe Değiştirme Yasağının Diğer Hukuk Dallarında Düzenlenişi.....	90
7.1. Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı.....	90
7.2. İdari Yargılama Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı.....	93
Sonuç.....	95
Kaynakça.....	100

Kısaltmalar Listesi

AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: 5371 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Danıştay
E.	: Esas
Ed.	: Editör
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usul Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
s	: Sayfa
T.	: Tarih
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

Giriş

Ceza muhakemesi hukukunda ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması olanağı çağdaş, demokratik hukuk sisteminin bir gereğidir. Zira hukuki denetimden geçmeyen kararlar telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça düzenlenme altına alınmayan bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 Numaralı Protokolü'nde yer almaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da adil yargılanma hakkının bir sonucu olarak uygulama alanı bulmuştur.

Mahkeme ve hâkimler tarafından verilen kararlara karşı bir denetim mekanizması olan kanun yollarının bir hak olarak tanınması yeterli olmamaktadır. Kanun yoluna başvuru hakkı tanınırken aynı zamanda bu hakkı kullananlara yeterli güvence imkânının verilmesi gerekir.

Kanun yollarının amacına uygun bir biçimde kullanılmış sayılabilmesi için ceza muhakemesi sujelerine kanun yolları konusunda bilgi vermenin ve kanun yoluna kolay bir biçimde başvuru olanağının sağlanmasının yanında, kanun yoluna başvurduktan sonra da bir takım güvencelerin verilmesi gerekmektedir.

Tez konumuz olan “aleyhe değiştirme yasağı” ise tam da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Ceza muhakemesi gerçekleştirilirken amaçlanan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve ortaya çıkan maddi gerçekle orantılı olarak sanığın cezalandırılması, ancak sanığın haklarının da göz ardı edilmemesidir.

Ceza muhakemesi hukukunda aleyhe değiştirme yasağı; ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm hakkında yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, üst mahkemenin bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesi tarafından verilecek yeni hükümdeki cezanın önceki hükümdeki cezadan daha ağır olamamasını ifade etmektedir.

Ceza muhakemesi hukukundaki bu düzenleme sayesinde sanığın herhangi bir tereddüt yaşamaksızın kanun yoluna başvurma hakkı güvence altına alınmaktadır.

Roma hukukundan beri var olan aleyhe değiştirme yasağı konusunda doktrinde bir terim sorunu bulunmaktadır. Zira ilkeyi ifade etmek için aleyhe bozma yasağı,

aleyhe hüküm verme yasağı, aleyhe değiştirme yasağı gibi ifadeler kullanılmaktadır. Biz çalışmamızda “aleyhe değiştirme yasağı” ifadesini kullanmayı tercih ettik. Zira ilk derece mahkemesi kararının sanık lehine temyiz edilmesi halinde üst mahkeme tarafından yapılan bozma sonrası verilecek kararın önceki cezadan daha ağır bir cezayı içermemesini ifade eden kavram, aleyhe değiştirme yasağıdır.

İki bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde kanun yollarına yer verdikten sonra aleyhe değiştirme yasağının düzenlenişi ve yasağın hukuki niteliği ile lehinde ve aleyhinde olan görüşlerden bahsettik. Çalışmamızın ikinci bölümü ise aleyhe değiştirme yasağının kapsamı ve sonuçlarından oluşmaktadır. Bu bölümde yasağın kapsamından, lehe kanun uygulamasıyla, yasağın uygulandığı kanun yolları olan istinaf, temyiz ve yargılamanın yenilenmesinden ve sınırlı olarak da kanun yararına bozmadan bahsettik. Son olarak da aleyhe değiştirme yasağının diğer hukuk dallarıyla ilişkisine kısaca değindik.

Birinci Bölüm

Kanun Yolları ve Aleyhe Değiştirme Yasağı Kavramı

1.Kanun Yolu Kavramı

1.1. Genel Olarak

Yargılama makamları tarafından verilen kararların maddi gerçeğe uygun ve doğru olması amaçlanır ancak yargılama faaliyetini gerçekleştirenlerin insan olması, hukuka uygun olmayan yanlış kararlarla karşı karşıya kalmamıza neden olabilmektedir. Zira "hata insan içindir" (errare humanum est), bu sebeple de ilk derece mahkemesi kararlarının incelenmesi gerekmektedir.¹ Bu durum da kanun yollarını bir başka deyişle denetim muhakemelerini karşımıza çıkarmaktadır. Ancak gerek devletin yasama ve yürütme erki gerekse de idare, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları için, bu kararlardaki yanlışlıkların, düzeltilmesi de mahkeme kararlarıyla gerçekleşmektedir.²

Doktrinde "kanun yolları"³, "denetim muhakemeleri"⁴, "taarruz yolları"⁵, "yasal çareler"⁶, "dava münasebetlerinde denetleme ve kanun yolları"⁷ "yasa yolları ve denetim

¹ Ö. Tosun (1976). *Türk suç muhakemesi hukuku dersleri, C:II Muhakemenin yürüyüşü*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 169.

² N. Kunter vd. (2010). *Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi hukuku*. İstanbul: Beta Basımevi, s. 1639; Osmanlı ceza yargılama sisteminde de aynı zamanda üst mahkeme görevini de üstlenen Divan-ı Hümayun istinaf ve temyize benzeyen bir kanun yolu incelemesi yapmıştır. Divan-ı Hümayun da hüküm öncelikle hukuka uygunluk bakımından yani temyizen incelenmekte, bir hukuka aykırılık tespit edilmişse de bu defa istinaf incelemesine geçilmektedir.” M. Akman (2004). *Osmanlı Devletinde ceza yargılaması* (1. baskı). İstanbul: Eren Yayıncılık, s. 124.

³ N. Centel (1996). *Ceza muhakemesi hukukunda hâkimin tarafsızlığı*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 78; N. Centel ve H. Zafer (2008). *Ceza muhakemesi hukuku*. İstanbul: Beta Basımevi, s. 687; Kunter vd. (2010), s. 1639 vd; V. Ö. Özbek vd. (2012). *Ceza muhakemesi hukuku*. (4. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 707; Y. Ünver ve H. Hakeri (2011). *Ceza muhakemesi hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 787; F. Yenisey (1988). *Uygulanan ve olması gereken ceza muhakemesi hukuku, duruşma ve kanun yolları*. İstanbul: Beta Basımevi, s. 199; N. Toroslu ve M. Feyzioğlu (2012). *Ceza muhakemesi hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 319; D. Soyaslan (2000). *Ceza muhakemeleri usulü hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 422; S. Donay (2010). *Ceza yargılama hukuku* (1. baskı). İstanbul: Beta Basımevi, s. 209.

muhakemeleri"⁸ gibi kavramlar kanun yollarını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Kanun yolları hâkim ve mahkeme kararlarına karşı başvurulanan hukuki yollardır. Kanun yolları, yargılama makamlarının verdiği kararların yani hâkim ve mahkeme kararlarının yine bir başka yargılama makamı tarafından denetime tabi tutulmasıdır.⁹

Bir suç politikası tercihi olarak ceza muhakemesi sistemlerinde yer alan kanun yolları ister kararı veren yargılama makamı isterse de başka bir yargılama makamı tarafından gerçekleştirilsin, kararın incelemeye tabi tutulması açısından önem arz etmektedir.¹⁰

Ceza muhakemesi sonucunda verilen kararların denetlenmesi hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.¹¹ Ceza muhakemesi sırasında maddi gerçek konusunda hatalar yapılabileceği gibi maddi gerçeğin hukuki nitelendirilmesi sırasında da hatalarla karşılaşılabilir. Yapılan her iki hata türü de en başta amaçlanan hukuk devleti ilkesinin

⁴ B. Öztürk ve M. R. Erdem (2008). *Uygulamalı ceza muhakemesi hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 839; Tosun (1976), s. 169; V. Bıçak (2011). *Suç muhakemesi hukuku* (2. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 725.

⁵ T. T. Yüce (1967). *Türk- Alman ceza muhakemeleri hukukunda kanun yolları*. Ankara: Ötüken Yayınevi, s. 4-7. Taarruz yolları tabirini kullanarak ikili bir ayrıma giden Yüce, taarruz yollarını kanun yolları ve hukuki çareler olmak üzere iki başlık altında toplamış ve kanun yollarını hâkim veya mahkeme kararlarının ceza muhakemesi sujelerinden birinin başvurusu üzerine kesinleşmesini durduran ve üst makam tarafından incelenmesini sağlayan bir yol olarak ifade etmiştir. Hukuki çareleri ise kesinleşmemiş ya da kesinleşmiş kararlara karşı başvurulanan yasal imkânlar olarak ifade etmiştir.

⁶ E. Yurtcan (2002). *Ceza yargılaması hukuku-güncelleştirilmiş ve anayasa değişikliğine göre yeniden yazılmış*. İstanbul: Kare Yayınları, s. 483; S. Keskin (1997). *Ceza muhakemesi hukukunda temyiz nedeni olarak hukuka aykırılık* (1. baskı). İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım; A. Çınar (2009). *Ceza yargılamasında istinaf yolu*. Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 1155.

⁷ Hukuki çareleri adli işlemlerin kesinleşmeden önce bir kez daha denetiminde kanunun fayda gördüğünü ifade eden Erem, haksızlığı giderici bu yolları hukuki çareler başlığı altında toplamış ve hukuki çarelerin kanun yollarından daha geniş bir anlama geldiğini ifade etmiştir. F. Erem (1973). *Ceza usulü hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 492 vd.

⁸ İ. Ercan (2012). *Ceza muhakemesi hukuku* (5. baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 287; Özen, kanun yollarını hukuki denetim yolları içinde alt başlık olarak değerlendirmiştir. M. Özen (2011). *Ceza muhakemesi hukukunda itiraz kanun yolu*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 11.

⁹ Centel vd. (2008), s. 687; Ünver vd. (2011), s. 787.

¹⁰ Öztekin (1976), s. 169.

¹¹ B. Öztürk (2009). *Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku ders kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 839.

gerçekleşmesini engelleyeceği gibi kişilerin adalete olan inançlarını da zedeleyecektir. Bu gibi tehlikelerle karşılaşmamak ya da karşılaşma sıklığını azaltmak amacıyla kanun yollarına yer verilmesi kaçınılmaz bir ihtiyaçtır.

Yapılan hukuki hatalar ve vakıalara ilişkin hataların yanı sıra ceza muhakemesi sujelerinden her hangi birinin karardan duyduğu memnuniyetsizlik de ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın üst mahkeme tarafından denetlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır.¹² Arslan, kesin hüküm bahsini ifade ederken bir davanın sonsuza kadar devam etmeyip hükümle neticelenmesini ve hükmün de kanun yolları aracılığıyla denetimden geçerek ya da kanun yollarına başvurulmaksızın kesinleşmesini hukuksal barışı sağlamak ve devam ettirmek anlamında kaçınılmaz bir gerçeklik olarak ifade etmiştir.¹³

Kanun yollarını çeşitli sınıflandırmalara tabi tutmak mümkündür. Bunlara "Türk hukuk sistemindeki durum" başlığında yer vereceğiz.

1.2. Türk Hukuk Sistemindeki Durum

Kanun yoluna başvurulabilmesi için öncelikle ceza muhakemesi sisteminde bu yolun öngörülmüş olması gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hukukta yeknesaklığı sağlamak ve geliştirmek ile birlikte, kararların adil ve doğru bir biçimde verilmesini sağlamak amacıyla kanun yollarına yer verilmiştir.¹⁴

Ceza mahkemelerine ait kararların üst mahkemece yargısal denetime tabi tutulması uluslararası sözleşmelerden de kaynaklanmaktadır. Zira Anayasa m. 90/5 gereğince usulüne uygun yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir.

Ceza Muhakemesi Kanununda kanun yolları öngörülmüş olmasına rağmen Anayasa'da böyle bir zorunluluğun açıkça yer almadığını görmekteyiz. Anayasada mahkeme kararlarının denetimi konusunda böyle bir düzenleme olmamasına rağmen Ceza

¹² H. Karakehya (2002). *Türk ceza muhakemesinde kanun yolu olarak itiraz*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 4; M. T. Taner (1955). *Ceza muhakemeleri usulü*. İstanbul, s. 353.

¹³ R. Arslan (1988). Kesin hüküm ihtiyacı ve yanılma gerçeği. *Ankara Barosu Dergisi*, 45 (5-6), s. 722.

¹⁴ Öztürk ve Erdem (2008), s. 839.

Muhakemesi Kanununda hâkim ve mahkeme kararlarının denetime tabi olması öngörülmüştür.¹⁵ Bu konuda uluslararası alanda, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 14/5. maddesi¹⁶ ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol'ün 2. maddesinde¹⁷ ilk derece yargılaması sonrasında kanun yollarının öngörüldüğünü görmekteyiz. Bu noktada gerek uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan nedenlerle gerekse de Türk ceza muhakemesi sisteminde benimsenen ilkelerle iki dereceli yargılama sistemi mevcuttur.

Kanun yollarına başvurulabilmesi için hakkında kanun yoluna başvurulmuş bir kararın mevcut olması gerekir. Karar verilmeden bu konuda kanun yoluna başvurulması mümkün değildir.¹⁸

Kanun yoluna başvurulabilmesi için karardan zarar görme şartı aranmaması gerektiğini düşünen Kunter'e göre kararın taraflar üzerinde tatmin duygusunu meydana getirmemesi yeterlidir.¹⁹ Öztürk'e göre ise karardan dolayı hukuksal yararı zedelenmeyen kişi kanun yoluna başvurmamalıdır.²⁰

¹⁵ Öztürk ve Erdem (2008), s. 840.

¹⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılan sözleşme 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanıp 21 Temmuz 2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren sözleşmenin 14/5. maddesine göre; bir suçtan ötürü mahkûm olan bir kimse, mahkûmiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahiptir. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>, s. 60. (Erişim tarihi: 07.02.2013)

¹⁷ Madde 2- Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı:

Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye tekrar inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılanması veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir. http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_05.html (Erişim tarihi: 10.02.2013)

¹⁸ Kunter vd. (2010), s. 1659; Öztürk ve Erdem (2008), s. 841.

¹⁹ Kunter vd. (2010), s. 1658.

²⁰ Öztürk, karardan dolayı kanun yoluna başvuran tarafın hukuksal yararlarına ya da haklarına doğrudan doğruya müdahale söz konusu olması halinde yani başvuranın aleyhine karar verilmesi ya da lehine karar verilmemesi halinde kanun yoluna gidilebileceği görüşündedir. Örneğin beraat kararında gerekçe ne

Kanun yollarının çeşitli biçimlerde sınıflandırılması mümkündür. İlk sınıflandırma yöntemi olarak dar anlamda ve geniş anlamda kanun yolu olarak ikiye ayırabiliriz. Centel, dar anlamda kanun yolunu kanunda açıkça kanun yolu olarak adlandırılmış yasal çareler olarak ifade ederken; geniş anlamda kanun yolunu ise kanun yolu niteliğine sahip olan fakat kanunda açıkça kanun yolu olarak düzenlenmemiş yasal çareler olarak ifade etmektedir.²¹

Diğer bir ayırım da olağan ve olağan üstü kanun yolu ayrımıdır. Kesinleşmemiş kararlara karşı başvuru itiraz, istinaf ve temyiz gibi kanun yolları olağan kanun yolları olarak adlandırılırken, kesinleşmiş kararlara karşı başvuru Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (CMK m. 308), kanun yararına bozma (CMK m. 309) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK m. 311) olağan üstü kanun yolları olarak adlandırılmaktadır.²²

Karardaki hukuka aykırılığın ortadan kaldırılabilmesi için kural olarak kanun yoluna başvurulması gerekmektedir. Karardan dolayı menfaatleri zedelenebilecek kişiler, yani kanun yoluna başvurabilecek kişiler ise CMK m. 260'da Cumhuriyet savcısı, şüpheli, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi, eşi, avukat ve katılan (suçtan zarar gören)dır.

olursa olsun temyiz ya da istinafa başvurulamayacağını düşünmektedir. Fakat beraat yerine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde kanun yoluna başvurmada hukuksal yararın olup olmadığının tespitinin ardından kanun yoluna başvurulabileceğini düşünmektedir. Öztürk (2008), s. 842.

²¹ Centel ve Zafer (2008), s. 687. Hakim ve mahkeme kararlarındaki hukuka aykırılıkların giderilmesini denetim muhakemesi olarak adlandıran ve bunları da kanun yolları ve öteki denetim muhakemeleri olarak ifade eden Tosun'a göre ise denetim muhakemelerini yalnızca CMUK'un üçüncü kitabında yer alan kanun yolları ifade etmemekte; kararın kesinleşmiş olup olmaması, yargılamayı kararı veren makamdan başkasının yapıp yapmadığı bir önem arz etmeksizin bütün muhakemeler denetim muhakemesidir.

²² Centel ve Zafer (2008), s. 687; Kunter vd. (2010), s. 1646,1647; Ünver ve Hakeri (2011), s. 781; Keskin ise "ceza muhakemesinde yargılama makamı tarafından verilmiş olan bütün kararlara karşı koyabilmek için, yasa tarafından düzenlenip ilgililere tanınmış olan bütün olanaklara *yasal çareler* "adını vermekle kanun yollarını da yasal çarelere dâhil olan, yargılama makamı tarafından verilmiş olan karar veya hükme karşı gidilebilen devredicilik ve kural olarak engelleyicilik etkilerinin belirleyici unsur niteliğini taşıdığı bir daire olarak değerlendirmektedir. S. Keskin (1997). *Ceza muhakemesi hukunda temyiz nedeni olarak hukuka aykırılık*. İstanbul: Alfa Yayınevi, s. 8-9; Tosun ise bu konuda böyle bir ayrımı kabul etmeyen görüşe sahip olduğunu belirtmektedir, Tosun (1976), s. 182.

CMK m. 260'da sayılan kişiler dışında ismi bir hata sonucunda kararda yer alan yani kararın kendisine yönelik olarak görüldüğü kişiler de mahkeme kendiliğinden kararı düzeltmediği sürece kanun yoluna başvurabilirler.²³

2. Kanun Yolu Kurumuna İhtiyaç Duyulmasının Sebepleri

Kanun yolları konusunda yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere kanun yollarına ihtiyaç duyulmasının en temel sebebi karşılaşılabilecek hatalardır.²⁴ Kanunları uygulamakla görevli olan hâkimlerin gerek mesleki deneyimleri gerekse de maddi vakıaları tespit edip hukuku doğru biçimde uygulama çabaları hata yapılmasına engel değildir. Kararlarda meydana gelen hatalar farkında olmadan yapılabileceği gibi, bilerek ve istenerek de yapılabilir.²⁵

Kanun koyucu gerek henüz kesinleşmemiş gerekse de kesinleşmiş kararlara karşı olağan ve olağanüstü kanun yollarına başvuru imkânı sağlamıştır.²⁶

Kanun yolları, adaletin gerçekleşmesi ve ceza muhakemesinin taraflarının verilen karardan memnuniyetinin sağlanması dışında yeknesak bir hukukun uygulanması yani içtihat birliğinin sağlanması gereksinimini de karşılamaktadır.²⁷

Kanun yollarının ceza muhakemesi sisteminde yer alması aynı zamanda hukuk devleti olmanın da bir gereğidir.

3. Kanun Yoluna Başvurmanın Etkileri

Kanun yoluna başvuran muhakeme süjesi, verilen kararın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla kanun yoluna başvurmaktadır. Bu iddianın doğruluğu ancak kanun yolu incelemesinin sonucunda ortaya çıkacaktır. Ancak kanun yolu yargılamasında karara varılmadan, başvurulması bile çeşitli sonuçlar ortaya çıkarmakta, yani bazı etkileri olmaktadır.²⁸

²³ Öztürk ve Erdem (2008), s. 845.

²⁴ Yüce (1967), s. 1.

²⁵ Yüce (1967), s. 1.

²⁶ Yenisey (1988), s. 200.

²⁷ Yüce (1967), s. 13.

²⁸ Tosun (1976), s. 174.

Bu etkileri; devretme, engelleme (durdurma) ve yayılma etkileri olarak adlandırmamız mümkündür.

3.1. Devretme Etkisi

Devretme etkisi, tüm olağan kanun yollarında²⁹ mevcut olan ve aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın, daha üst dereceli bir mahkeme tarafından incelemeye tabi tutulması anlamına gelmektedir.³⁰

Kanun yollarının devretme etkisiyle birlikte davanın daha üst derecede olan bir makam tarafından incelenmesi sağlanmaktadır.³¹ Zira kararı veren yargılama makamının, kendi kararını kanuna aykırı bulması, sık rastlanmayacak bir ihtimaldir.

Hüküm hakkında başvurulabilen kanun yollarından olan istinaf ve temyizde devretme başka bir deyişle aktarma etkisinin olduğunu görüyoruz. Zira kanun yoluna başvurulmuş hüküm incelenmek üzere daha yüksek dereceli olan bir yargılama makamına gönderilmektedir. Verdiği hüküm hakkında kanun yoluna başvurulmuş mahkemenin, hükmün taraflara tebliğinden sonra kanun yoluna başvurulmasını engellemek amacıyla bir değişiklik yapması mümkün değildir.³²

²⁹ Kanun yollarını çeşitli biçimlerde ayrıma tabi tutmak mümkündür. Tosun kanun yollarını sübjektif ve objektif olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. Sübjektif açıdan kanun yolları kanun yollarına başvurulabilenler, kanun yollarından yararlananlar ve kanun yolu muhakemesinde karar verenler bakımından ayrıma tabi tutulabilir. Objektif açıdan kanun yolları ise aleyhine kanun yoluna başvurulacak kararın mahiyetine göre, uyulacak süreye göre, kanun yoluna başvurma sonuçlarına göre, dayanılacak sebeplere göre, kanun yolu muhakemesi sonunda verilecek kararın mahiyetine ve sanığın lehine ve aleyhine olmasına göre sınıflandırılabilir. Olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımı aleyhine gidilen kararın mahiyetine göre yapılan ayrımdır. Türk hukukunda yargı halini almamış kararlara karşı başvurulmuş kanun yollarına olağan kanun yolu, yargı halini almış kararlara karşı başvurulmuş kanun yollarına da olağan üstü kanun yolu denmektedir. Ö. Tosun (1969). Ceza muhakemesi hukukumuzda kanun yollarının çeşitleri. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 35(1-4), s. 8 vd. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/4245/3836> (Erişim tarihi: 01.03.2013)

³⁰ Öztürk ve Erdem (2008), s. 852.

³¹ Keskin (1997), s. 17; Kunter (2010), s. 1660; Tosun (1976), s. 176.

³² Keskin (1997), s. 17; S. Haklı - Bayraktutan (2003) *Ceza muhakemesi hukukunda kanunyolu olarak temyiz*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 5.

Hâkim kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yolu olarak itirazda ise devretme etkisinin ortaya çıkabilmesi için kararına itiraz edilen hâkimin itirazı yerinde görmemesi ve böylece de kararın üst yargılama makamına gönderilmesi gerekmektedir.

Yargılamanın yenilenmesinde ise kanun yolu muhakemesi kararı veren makam tarafından yapıldığı için devretme etkisi söz konusu olmayacaktır.³³

3.2. Engelleme (Durdurma) Etkisi

Kanun yoluna başvurulmasıyla birlikte hükmün kesinleşmesini engelleyen ve bu bağlamda da kararın infazını engelleyen bu etkiye doktrinde durdurma ya da engelleme³⁴ etkisi adı verilmektedir.

Engelleme etkisi kararın infazını durdurmaktadır. Olağan kanun yollarından istinaf ve temyizde engelleme etkisi meydana gelirken olağanüstü kanun yollarında, bu etki görülmemektedir.³⁵

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesinde; *mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz*, ifadesi yer almaktadır. Bu noktada sanığın beraat etmesi halinde, tutukluysa sanığın salıverilmesi gerekir. Bu bağlamda katılanın ya da Cumhuriyet Savcısının beraat kararından memnun olmayıp kararı temyiz etmeleri, beraat eden sanığın tutukluysa salıverilmesini engellemez.³⁶

3.3. Yayılma Etkisi

Benzer durumda olanların, bazı koşullar dâhilinde verilen karardan istisnai olarak yararlanması olarak yayılma etkisini tanımlayabiliriz.³⁷

Yayılma etkisinde asıl kural olan “davasız yargılama olmaz” ilkesinin istisnası karşımıza çıkmaktadır. “Davasız yargılama olmaz” ilkesi hem ilk derece yargılamasında hem de kanun yolu yargılamasında geçerli olan bir ilkedir. Bu nedenle de kanun yoluna

³³ Yurtcan (2002), s. 490.

³⁴ Keskin (1997), s. 17.

³⁵ Topuz, N. (2010). *Ceza muhakemesinde olağanüstü kanun yolları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, s. 23.

³⁶ Tosun (1976), s. 174, 175.

³⁷ Kunter vd. (2010), s. 1663.

başvurmayan kişi o kanun yolundan yararlanamaz, ancak bu ilkenin iki istisnası³⁸ bulunmaktadır. Bunlardan biri bozmanın sirayetinde karşımıza çıkmaktadır.

Bir yargılama konusu olayda, birden çok sanık bulunabilir ve bu sanıklardan sadece bir kısmı kanun yoluna başvurmuş olabilir. Sanıklardan bir kısmı kanun yoluna başvurmuşsa ve hüküm sanıklar lehine bozulmuşsa, bu durumda sanık lehine bozmanın diğer sanıklara da sirayet etmesi gerekir. Bu durumda lehe bozmanın diğer sanıklara etki etmesi³⁹ halinde yayılma etkisi söz konusu olacaktır. CMUK m. 325'te düzenlenmiş bulunan hükmün kanuna aykırılıktan dolayı sanık lehine bozulması halinde, bozulan hususların temyiz talebinde bulunmamış olan sanıklara da uygulanmasının mümkün olması halinde diğer sanıkların da temyiz talebinde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanmasına bozmanın sirayeti adı verilmektedir. Sirayete yer verilmesiyle birlikte temyizde yayılma etkisi ortaya çıkmaktadır.⁴⁰

CMK'de ise *hüküm sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanırlar*, şeklinde ifade

³⁸ Diğer istisna ise otomatik istinaf (Bölge adliye mahkemeleri işleyinceye kadar otomatik temyiz) denilen ve 15 yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümlerin Bölge Adliye Mahkemelerinde istinaf kanun yolu vasıtasıyla -şu an için Yargıtay'da temyiz yolu- re'sen incelenmesi halidir. Ünver ve Hakeri (2011), s. 838.

³⁹ Bozma kararının temyiz etmeyen diğer sanıklara etki etmesinin çeşitli koşulları bulunmaktadır; -Öncelikle fiilde irtibat bulunması gerekmektedir. Bir kişinin birden fazla suçtan sanık olması veya bir suçta birkaç sanığın bulunması halinde irtibat var sayılır.

- Sanıklar aynı mahkeme tarafından aynı hükümle hükümlendirilmiş olmalıdır. Sanıklar hakkında ayrı ayrı soruşturmalar yapılması halinde bu hüküm uygulanmaz.

- Hüküm temyiz etmeye yetkili kişiler tarafından temyiz edilmiş olmalı ya da kendiliğinden temyize tabi olmalıdır.

- Temyize başvuran sanık hakkındaki son kararın cezanın uygulanmasındaki aykırılıktan dolayı yani muhakeme hukukuna aykırılıktan dolayı sanık lehine bozulmuş olması şartı CMK ile ortadan kalkmıştır.

- Bozulan hususun temyiz etmeyen diğer hükümlülere de uygulanabilir olması gerekmektedir. Suçlunun şahsından kaynaklanan indirim nedenlerinin yanlış uygulanmasından dolayı bozmada, diğer sanıkların bundan yararlanamayacağı ortadadır. Fiilden kaynaklanan ve sanıkların hepsine birden uygulanabilecek nedenlerden dolayı bozmada, bozmadan diğer sanıklar da yararlanacaktır. Bayraktutan (2003), s.109 vd; Yurtcan (2002), s. 534.

⁴⁰ Bayraktutan (2003), s. 110.

edilmiştir. CMUK ile CMK arasında sirayete ilişkin olarak “*diğer bir sanık hakkındaki hükmün cezanın uygulanmasındaki aykırılıktan dolayı sanık lehine bozulması*” ölçütü konusunda bir farklılık olduğunu yani bu ölçütün CMK’da aranmadığı görülür.⁴¹

Bu ilke sayesinde aynı olay ile ilgili olarak yargılanan kişiler hakkında farklı hükümlerin ortaya çıkması engellenmiş olacaktır.

Bozma kararından diğer sanıkların da yararlanabilmesi için Yargıtay’ın diğer sanıklar için de hükmü bozması ve bunu açıklaması gerekmektedir. Ancak Yargıtay’ın bunu gözden kaçırmaması sanıkların bu durumdan yararlanmalarını engellemeyecektir.⁴²

4. Kanun Yolu Kurumunun Adil Yargılanma Hakkı ile İlişkisi

Adil yargılanma hakkı soruşturma aşamasından hüküm kesinleşene kadar ceza muhakemesinin bütün aşamalarında önem arz eder. Adil yargılanma hakkı her ne kadar AİHS’nin 6. maddesinde düzenleme altına alınmış olsa da, uluslararası alanda adil yargılanma hakkının ilk görünümü İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer almaktadır.

Adil yargılanma ve Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’de⁴³ 6. maddede iki dereceli yargılama zorunluluğu getirilmemesine rağmen Ek 7 No’lu Protokol’ün 2. maddesi ile devletlere yalnızca ceza davaları için böyle bir yükümlülük getirilmiştir.⁴⁴

Ceza muhakemesinin amacı her ne kadar maddi gerçeğe ulaşmak olsa da maddi gerçeğe ulaşırken gerek uluslararası sözleşmelerle gerekse de anayasal güvence altına alınmış olan insan hak ve özgürlüklerini koruyarak ve adil yargılanma hakkı gözetilerek

⁴¹ Bozma sebebinin muhakeme hukuku hatası olma ölçütünün ortadan kalktığını görülmektedir. Kunter vd. (2010), s. 1770.

⁴² Kunter vd. (2010), s. 1770; Taner (1955), s. 391.

⁴³ 22.11.1984’te imzalanan ve 01.11.1988’de yürürlüğe giren Ek 7 No’lu Protokol Türkiye tarafından da 14.03.1985 tarihinde imzalanmış fakat henüz onaylanmamıştır. A. Ş. Gözübüyük ve F. Gölcüklü (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi inceleme ve yargılama yöntemi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 312; S. Keskin Kızıroğlu (2008). İnsan hakları konusunda Birleşmiş Milletler ve Avrupa bünyesinde uluslararası sözleşmelerdeki denetim mekanizmalarına genel bakış. *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, 1, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 489.

⁴⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü (2007), s. 312.

yapılan muhakeme önem arz etmektedir.⁴⁵ Ek 7 No'lu Protokol'de her ne kadar ceza hukuku alanında kanun yollarına başvuru hakkından söz edilmiş olsa da kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olduğundan, hakkın ceza davalarıyla birlikte hukuk davaları için de geçerli olması gerektiği düşünülmektedir.⁴⁶

Adil yargılanma hakkının gerektiği gibi uygulanmasıyla ülkelerin gelişmişlik düzeyi arasında bir paralellik bulunmaktadır ve bu hak çağın değişen ihtiyaçlarına göre geliştirilmektedir. Adil yargılanma hakkı birden fazla hakkı içermektedir ve bu haklar eş değer önceliğe sahip değildir. Örneğin kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı ile ücretsiz hukuki yardımdan faydalanma hakkı arasında kıyaslama yapıldığında, kanunen kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının daha fazla önem arz ettiği ortadadır. Birinci örnek gerçekleşmeksizin ücretsiz hukuki yardımdan faydalanma hakkı anlamsız kalmaktadır. Hakların ortaya çıkış sırası da en çok ihtiyaç duyulandan itibaren gerçekleşmiştir.⁴⁷

1980'lerin başında Türk hukukuna giren kavram, Türkiye'nin 1987 yılında bireysel başvuru hakkını ve 1990 yılında da AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanıyana kadar önem arz etmezken, saydığımız gelişmelerden sonra adil yargılanma hakkı ceza muhakemesinde önemli bir kavram haline gelmiş ve Anayasa'nın 36. maddesine de 2001 değişiklikleriyle herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu maddesi eklenmiştir.⁴⁸

İç hukukta da Anayasa'nın 36. maddesinde "*herkes adil yargılanma hakkına sahiptir*" ifadesiyle adil yargılanma hakkına yer verilmiştir. Uluslararası sözleşmeler ve Anayasa'nın 36. maddesi dışında gerek TCK'de gerekse de CMK'de adil yargılanma hakkı ifadeleri yer almaktadır.⁴⁹ Özbudun⁵⁰'un vatandaşların hukuki güvenlik içinde

⁴⁵ Bıçak (2011), s. 85.

⁴⁶ Y. Demircioğlu. *Medeni usul hukukunda insan hakları ve adil yargılanma güvenceleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 272.

⁴⁷ H. Karakehya (2008). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil yargılanma hakkı bağlamında) ceza muhakemesinde duruşma* (1. baskı). Ankara: Savaş Yayınevi, s. 25,26.

⁴⁸ H. Zafer (2004a). Adil yargılanma hakkı ve savcının tarafsızlığı. *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 199 vd.

⁴⁹ TCK m. 288: Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunma, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturmaktadır.

bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistem olarak ifade ettiği hukuk devleti⁵¹ ilkesinin önemli bir unsuru olan adil yargılanma

CMK m. 160/2: Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.

⁵⁰ E. Özbudun (2004). *Türk anayasa hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 113. Anayasa Mahkemesi kararlarında da hukuk devleti ilkesinin tanımlandığını görmekteyiz. “ Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir” Anayasa Mahkemesi’nin 25.05.1976 tarih ve 1976/1 Esas ve 1976/28 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2013) “Hukuk devletinin, Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir. Böyle bir devlet, kamusal düzeni, güven ve huzuru bozan eylemleri etkili biçimde karşılayacak önlemleri seçebilir. Yasama organı takdir hakkı içinde değişik türde ceza uygulanmasını isteyebilir. Yasama organının takdir hakkı sınırsız olmamakla birlikte olayda bu sınırın aşıldığını gösteren bir aykırılık saptanamamıştır. Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, 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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını ilen devlettir.” Anayasa Mahkemesinin 27.03.1986 tarih ve 1985/31 Esas ve 1986/11 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2013)

51 “Fransız ‘kanunilik’ kavramının Alman versiyonu olan ‘hukuk devleti’ deyimini 1860’lı yıllarda iki Alman yazar, Bahr ve Gneist tarafından idari işlemlerin yargı tarafından denetimine hukuki çözüm bulmak için kullanılmıştır. Ancak teorinin büyük ustaları Georg Jellinek ve Hans Kelsen’dir.” B. Çağlar (1989). *Anayasa bilimi*. İstanbul: BFS Yayınları, s.166. Hukuk devletini anlatabilme için tam karşısı olan ‘polis devlet’ten bahsetmek yerinde olacaktır, ‘polis devleti’ kavramı, on yedinci ve on sekizinci yüzyıllardaki salt hükümdarlık döneminde, toplumun refahı için her türlü tedbiri almak ve vatandaşların bütün haklarına karışmak yetkisine sahip olan rejimler için kullanılmaktaydı. Buradaki ‘polis’ sözü, ‘zabıta’ anlamında değil, devlet düzeni ve bu düzen içindeki kamu gücü karşılığında yerleşmişti. Ama zamanla, kayıtsız ve sınırsız yetkilerle donatılmış devlet gücünün ‘keyfiliğe’ kayması, ‘polis devleti’ sözünün yönetilenlere hukuk güveni vermeyen ve zorbalığa başvuran rejimler için kullanılmasına yol açtı.” M. Soysal ve İ. Ertuğrul (2011). *Anayasaya giriş*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s. 238. Kanun devletinden farklı bir anlam ifade eden hukuk devletinin özelliklerini aşağıdaki gibi sıralamamız mümkündür;

hakkını Centel; *insan hakları ile şüpheli ve mağdurun hakları ihlal edilmeksizin yapılan yargılama* olarak ifade etmiştir. Bu bağlamda da yargılamanın kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, açık duruşmada görülmesi adil yargılanma hakkının unsurları olarak ifade edilmektedir.⁵² Bu unsurların yanı sıra; isnadı öğrenme hakkı, haklarını öğrenme hakkı, masumiyet karinesi (muhakemenin sonuna kadar suçsuz sayılma hakkı), kimse kendisini ve yakınlarını suçlandırıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamaz ilkesi (nemo tenetur ilkesi), müdafiden yararlanma hakkı, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, kanunda suç olarak gösterilmemiş bir fiilden dolayı takibata uğramama ve kanunda öngörülmemiş bir cezaya çarptırılmama hakkı (suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi), savunma hakkı, kanuni hâkim tarafından yargılanma hakkı, tercüman hakkı, makul süre içinde yargılanma hakkı da adil yargılanma hakkı kapsamında sayılabileceğimiz ilkelere aittir.⁵³ Temel haklara büyük müdahalelerin olduğu ceza muhakemesi hukukunda hukuk devleti esasları geçerlidir.⁵⁴

"Devlet faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu zorunlu kılan ilke ve kurallar. Bunlara anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı esası ve insanın saygınlığı üzerine temellendirilen insan haklarının güvence altına alınması örnek olarak verilebilir.

Devlet faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun etkin denetimini gerçekleştirecek mekanizmalar. Bu konuda idari işlemlerin kanunlara, yasama organlarının işlemelerinin de anayasaya uygunluğunu güvence altına alan etkili bir yargı denetiminin kurumsallaştırılması en yaygın görülen düzenlemelerdir.

Devlet faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek yargının diğer devlet erklerinden bağımsızlığının sağlanması." O. Uygun (2011). *Kamu hukuku incelemeleri*. İstanbul: On iki levha yayıncılık, s. 388-389; B. Tanör ve N. Yüzbaşıoğlu (2001). 1982 Anayasasına göre Türk anayasa hukuku. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 99-102.

⁵²Centel ve Zafer (2008), s.137. Karakehya ise adil yargılanma hakkını bireyin gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkı olarak ifade etmiştir. Karakehya (2008), s. 19.

⁵³ Centel ve Zafer (2008), s. 137 vd; Özbek vd. (2012), s. 57. vd.

⁵⁴ Yüce, ceza muhakemesi hukukunda hukuk devleti esaslarını ceza muhakemesinde insan haysiyetinin korunması, hak arama hürriyeti, ceza muhakemesi hukukunda hak arama hürriyetinin teminatı, soruşturma ve hüküm konusunun sınırlanması, kararların gerekçeli olması, muhakemenin açık ve sözlü oluşu, kazai kararların kontrolü sistemi, kişi dokunulmazlığının korunması, kişi hürriyetinin korunması, tabii hâkim esası ve ne bis idem başlıkları altında toplamıştır. T. T. Yüce (1968). *Ceza muhakemesi hukukunda hukuk devleti esasları*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Yayınları, s. 31 vd.

Adil yargılanma hakkı sanık açısından muhakemenin uluslararası sözleşmelerde yer alan ilkelere uygun olarak gerçekleşmesini güvence altına almaktadır.⁵⁵ Bu bağlamda adil yargılanma hakkı sadece şüpheli ya da sanığa tanınan bir hak değil, aynı zamanda soruşturma ve kovuşturma mercileri açısından da bir yükümlülüğü ifade etmektedir. Özbek, adil yargılanma hakkının bu yönüyle adil yargılanma ilkesine dönüştüğünü ifade etmektedir.⁵⁶ Bir ülkedeki hukuk sisteminin, ilk derece mahkemesi dışında istinaf ve temyiz gibi birden çok dereceli olarak düzenlenmesi halinde, her derecedeki mahkemenin yargılama ile ilgisi olanlara adil yargılanma hakkından sağlanması ile ilgili olarak yükümlülükleri bulunmaktadır.⁵⁷

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da adil yargılanma hakkına m. 160/2'de; *Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür*, ifadesiyle yer verilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda da 288. maddede; *bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunma, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu olmaktadır, şeklindeki düzenlemede de adil yargılanma hakkına yer verilmiştir.*

5. Aleyhe Değiştirme Yasağının Kavramsal Çerçevesi

Ceza muhakemesi sistemimizde istinaf, temyiz, yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma aşamasında geçerli olan aleyhe değiştirme yasağı, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm hakkında yalnızca sanık lehine⁵⁸ kanun yoluna

⁵⁵ Karakehya (2008), s. 19.

⁵⁶ Özbek vd. (2012), s. 56.

⁵⁷ D. Tezcan vd. (2004). *Avrupa insan hakları sözleşmesi ışığında Türkiye'nin insan hakları sorunu* (2. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 312.

⁵⁸ Kanun yoluna başvurunun sanık lehine mi, aleyhine mi olduğu iddia edilen sebeplerden anlaşılır. Sebepler sürmek için bir süre öngörülmüş ve o süre geçmişse, yargılama makamının işini kolaylaştırmak amacıyla, sonradan sebep gösterilmesi caiz görülse de aleyhe sebepler bulunsun bile, davanın sanık lehine açıldığı kabul edilmelidir. Kunter vd. (2010), s. 1665.

başvurulması halinde geçerlidir. Yargıtay'ın bozma kararı üzerine, ilk derece mahkemesi tarafından verilecek yeni hükümdeki cezanın, önceki hükümdeki cezadan daha ağır olmayacağı anlamına gelir.⁵⁹ Yasağın geçmişi eskiye dayanmaktadır.

Roma hukukunda reformatio in peius olarak ifade edilen yasak, doktrinde bizim de kullanmayı tercih ettiğimiz aleyhe değiştirme yasağı⁶⁰, aleyhe ağırlaştırma yasağı⁶¹, aleyhe değiştirmeme mecburiyeti⁶², aleyhe bozma yasağı⁶³, aleyhe düzeltme yasağı⁶⁴, yaptırımı (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı⁶⁵ olarak ifade edilmektedir. Doktrinde çeşitli biçimlerde ifade edilse de “aleyhe değiştirme yasağı” ifadesini tercih

⁵⁹ Centel vd. (2008), s.698; Ünver ve Hakeri (2011), s. 791; S. Keskin (2001). Ceza muhakemesi hukukunda reformatio in peius kuralı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, s. 416; O. E. Taşkın vd. (2011). *Ceza ve ceza muhakemesi hukuku*. (Ed: O. E. Taşkın ve İ. G. Şen), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını, s. 191.

⁶⁰ Centel vd. (2008), s. 698.

⁶¹ Ünver ve Hakeri (2011), s.791.

⁶² Keskin (2001), s. 409; Yenisey (1988), s. 209.

⁶³ F. S. Mahmutoglu (2008). Dava zamanasımı- lehe kanun- aleyhe bozma yasağı. *Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 533; F. Erem (1967). Aleyhe bozma yasağı. *Ankara Barosu Dergisi*, 24 (4), s. 615; F. Erem. (1973), s. 567; E. Günay (2000). *Uygulamada ve öğretilde bozmanın sırayeti ve aleyhe bozma yasağı*, s. 57 vd. ; Öztürk ve Erdem (2008), s. 863; Bıçak (2011), s. 728; Özbek vd. (2012), s. 738.

⁶⁴ Kunter, N. (1952). Aleyhte düzeltme yasağı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 18 (3-4), s. 664; N. Kunter (1951). Aleyhte düzeltme yasağı ve vazife cihetinden bozma. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 17 (1-2), s. 438; Yüce (1967), s. 167 vd. “Aleyhe düzeltme yasağı” tabirini tercih eden Kunter, Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi hukuku adlı eserinde, aleyhe düzeltme yasağı tabiri yerine “aleyhe değiştirme mecburiyeti “ tabirini tercih ettiğini şöyle ifade etmiştir; “Bu kitabın birinci basısında, daha önceki yazılarımızda olduğu gibi biz de reformatio in peius tabirini tercüme ederken ‘aleyhte düzeltme yasağı’ tabirini kullanmıştık. Ayrıklıkların giderilmesi çareleri bahsinde reformation karşılığı olarak ıslah sözcüğünü benimsediğimizden ve düzeltmeyi rectification karşılığı olarak kullandığımızdan, reformatio in peius tabirini kelime kelime tercüme etmek gerekirse aleyhte ıslah demek gerekecektir. Bizce bu latince tabir de kavramı iyi ifade etmemektedir. Gerçekten bu esas, muhakemenin yenilenmesi halinde de bahis konusudur ve burada ıslah değil, düzeltmeden bahsetmek doğru olur. Şu halde ıslah diye tercüm de latince kavramı tamamiyle ifade etmeyecektir. Bu sebeple hem ıslahı, hem düzeltmeyi ifade etmek üzere ‘aleyhte değiştirme’ tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.” Kunter vd. (2010), 1665.

⁶⁵ S. Selçuk (2012). “Yaptırımı (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı” ve ülkemizdeki düzenlemeye ve uygulamaya eleştirel bir yaklaşım. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 19-20.

etme sebebimiz, ilkenin ilk derece yargılamasından sonra hüküm hakkında yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, Yargıtay'ın bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinin yapacağı yargılama sırasında ilkenin geçerliliğini esas almamızdır.

Zira “aleyhe bozma” kavramı tercih edildiği takdirde yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, kanun yolu aşamasında kararın sanık aleyhine bozulamayacağı ifade edilmektedir. "aleyhe değiştirme yasağı" ifadesi ise hüküm hakkında yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, Yargıtay'ın bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesinin önceki kararındaki ceza miktarından daha ağır bir ceza verememesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın bozma kararı sonrasında geçerli olan "aleyhe değiştirme yasağı" ifadesini tercih ediyoruz.

Bir görüşe göre, karar hakkında yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde bozma sonrasında sanık hakkındaki sonuç cezanın ağırlaştırılamayacağını ifade eden aleyhe değiştirme yasağı dışında, yalnız sanık lehine kanun yoluna başvurulmasa da sanık lehine bozma sonrasında da cezanın ağırlaştırılamayacağına dair bir mecburiyet söz konusudur.⁶⁶

Buna göre, bozma kararı sonrasında hüküm henüz yargı halini almadığı için, kanun yolu başvurusu sanığın aleyhinde de olsa, sadece sanık lehine yapılan bozmaya uyulduktan sonra, önceki hataların fark edilmesi dolayısıyla düzeltme sırasında aleyhe bir karar ortaya çıkmamalıdır.⁶⁷ Bozmanın sanık lehine olduğu durumlarda, sonucun ağırlaştırılmasını yasaklamaya yönelik olarak kabul edilmesi savunulan düşüncenin gerçekleşmesi için kanun yoluna sanık lehine ya da aleyhine başvurulup başvurulmadığının önemi yoktur. Önemli olan Yargıtay bozma kararının sanık lehine olmasıdır. Yurtcan, bu durumun yasal dayanağı olmayan iyi bir temenniden ibaret olduğunu ifade etmiştir.⁶⁸ Keskin de Yurtcan gibi, hüküm hakkında hem aleyhe hem de lehe kanun yolu başvurusu bulunması halinde, hüküm sanık lehine bozulmuşsa aleyhe

⁶⁶ Kunter vd. (2010), s. 1666.

⁶⁷ Kunter vd. (2010), s. 1786.

⁶⁸ E.Yurtcan (1988). *Ceza muhakemeleri usulü kanunu şerhi ve ilgili mevzuat. C:II*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 652.

değiştirme yasağının söz konusu olmayacağını yani Türk hukuk sisteminde, Yargıtay'ca lehe bozma üzerine aleyhe değiştirme yasağının bulunmadığını ifade etmiştir.⁶⁹

Bu durum, aynı zamanda aleyhe değiştirme yasağında olduğu gibi bozmadan sonraki serbestlik ilkesinin istisnalarından birini oluşturmaktadır.

Hükmün sadece sanık lehine bozulmasıyla birlikte sanık lehine azami bir sınır meydana gelmektedir. Bozma gerçekleşmeseydi, hüküm onanacak ve mutlak bir yargı halini alma söz konusu olacaktı. Her ne kadar bu konuda yasal düzenleme mevcut olmasa da, doktrinde ileri sürülmüştür.⁷⁰

Aleyhe değiştirme yasağını kabul eden ülkeler olduğu gibi, yasağa yer vermeyen ülkeler de mevcuttur. Örneğin İngiltere’de 1907 yılına kadar jürinin verdiği kararlara karşı istinaf yolu açık değildi ve beraat kararları kesindi. Savcının kanun yoluna başvuramadığı İngiltere’de sanığın istinaf başvurusu üzerine daha ağır ceza verilebilmektedir. İsviçre’nin Luzern ve Zug kantonlarında da aleyhe değiştirme yasağı mevcut değildir.⁷¹

6. Aleyhe Değiştirme Yasağının Tarihçesi

Reformatio in peius olarak ifade edilen “aleyhe değiştirme yasağı” ilk olarak Roma usul hukukunda Digesta’da ortaya çıkmıştır. 18. yüzyılda ceza muhakemesi hukukunda bilinmeyen ifade daha sonra ilk olarak Gönner tarafından 19. yüzyılda kullanılmıştır. Bu iki kaynakla kavram ortaya çıkmıştır.⁷² Ancak ilkenin Roma hukukunda tam olarak bilinmediği yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁷³

⁶⁹ Keskin (2001), s. 410.

⁷⁰ Kunter vd. (2011), s. 1787.

⁷¹ F. Yenisey (1979). *Ceza muhakemesi hukukunda istinaf ve tekrar kabulü sorunu*. İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 82.

⁷² C. Herke and C. D. Toth (2011). Theoretical and practical issues of the prohibition of reformatio in peius in Hungary, *Issues of business and law* 3, s. 95.

⁷³ G.Delitala (1976). *Diritto processuale penale, raccolta degli scritti*. Milano, s. 165’ten aktaran Selçuk (2012), s. 21.

Ülkeler nezdinde aleyhe değiştirme yasağına yer verilip verilmediğine baktığımızda, yasağı kabul eden ülkelerin tahkik ya da karma sistemi benimsediklerini, yasağı kabul etmeyen ülkelerin ise itham sistemini benimsediklerini görmekteyiz.⁷⁴

Bu bağlamda kısaca tahkik ve itham ve karma sistemlerden oluşan ceza muhakemesi sistemlerinden⁷⁵ bahsetmemiz gerekir.

İtham sistemi, en eski ceza muhakemesi sistemlerindendir. Anglo-Sakson hukukunda ve bu hukuku esas alan sistemlerde geçerli olan itham sistemi, bir şahsın cezalandırılabilmesi için, başka bir şahıs tarafından suçlanması, itham edilmesi ve itham edenin suçluluğu ispat etmesi temeline dayanmaktadır. Bu sistemde; itham makamı ile savunma makamının, yargılama makamından üstün tutulduğunu görmekteyiz.⁷⁶ İtham sisteminde mevcut olan sözlülük, açıklık ve yüze karşılık ilkeleri sanığın durumunu güvence altına aldığından yararlı görülmekle birlikte, davanın şahsi ithama bağlı olması sebebiyle davacının davasından vazgeçmesi halinde suçluların cezasız kalması ve

⁷⁴ Selçuk (2012), s. 22.

⁷⁵ “Önceleri suç denilen fiillerin sadece bireyleri ilgilendirdiği kabul ediliyordu. Yegâne müeyyide kişisel öçten ibaretti. Zamanla toplumu idare edenlerin güçlenmeleri ve bunların bireysel öçün neden olduğu toplumsal kargaşayı önlemek istmeleri sonucu, bireylerin birbirlerini cezalandırmaları yasaklandı ve cezalandırma yetkisi toplumun tekeline bırakıldı. Ancak toplumun suçluları cezalandırabilmesi için, suçla ilgili uyuşmazlıkları çözecek bir makama gerek vardı. Bu görevi yerine getirmek üzere mahkemeler kuruldu. Mahkemenin bu uyuşmazlıkları çözebilmesi için de, bireylerin mahkemeye başvurmaları gerekiyordu. Bunun sonucu olarak da “muhakemesiz ceza olmaz” ilkesi ortaya çıktı. Böylece ceza muhakemesi iddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal edenlerin katıldığı bir faaliyet haline geldi.” S. Keyman (1970). *Ceza muhakemesinde (Asıl ceza muhakemesinde) savcılık*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 33; Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 41.

⁷⁶ Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 41. İtham sisteminin özelliklerini Toroslu ve Feyzioğlu şöyle sıralamıştır:

- 1)Yargıcın harekete geçmesi için ithama gerek vardır; yargıç kendiliğinden harekete geçemez.
- 2)İtham etme yetkisi başlangıçta sadece zarar görene ve bunun yakınlarına, daha sonra herkese aitti. Özellikle suçtan sosyal bir zarar doğması halinde bütün vatandaşlar ithamda bulunabilirler.
- 3)Yargıç delil toplamak ve delilleri seçmek serbestisine sahip değildir. Tarafların ileri sürdükleri delillerle bağlıdır.
- 4)Taraflar eşit durumdadırlar; itham edenle itham edilen arasındaki bir diyalogdur.
- 5)Muhakeme çelişme, sözlülük ve açıklık ilkelerine göre yapılır.

kişilerin itham konusunda aşırı davranışları gibi sebeplerle de sakıncalı görülen yanları da vardır.⁷⁷

Tahkik sistemi ise, itham sistemine göre daha bilimsel olarak nitelendirilir ve daha merkeziyetçi devletler tarafından kabul edilmiştir. Bu sistemde ceza hukuku anlayışında değişiklik olmuştur. Suç, artık bireye karşı değil topluma karşı da işlenmiş sayılmaktadır. Muhakeme makamı, iddia ve savunma makamına göre önem kazanmaktadır.⁷⁸

Hukuk devleti ilkesinin ceza muhakemesine yansması ve modern devlet anlayışı, itham ve tahkik sistemlerinin olumlu yönlerinden oluşan yeni bir sistemi ortaya çıkarmıştır. Sistem iddia, savunma ve yargılama makamlarının işbirliğinden meydana gelmektedir. Hâkim, iddia ve savunmaya göre karar vermek zorunda olmadığı gibi, kendiliğinden delil toplama yetkisine de sahip değildir.⁷⁹

Fransa'da 19. Yüzyıl başlarında sanık lehine kanun yoluna başvurulmuşsa, hatalı kararın sanık aleyhine düzeltilip düzeltilemeyeceği tartışması ortaya çıkmış ve Devlet Şurası mütalaasıyla çözülmüştür. Devlet Şurası kararıyla istinafta yalnızca sanık lehine müracaat olması haline sanığın durumunun ağırlaştırılamayacağı kararlaştırılmıştır.⁸⁰

⁷⁷ Keyman (1970), s. 36.

⁷⁸ Keyman (1970), s. 88-40. Tahkik sisteminin özelliklerini de şöyle sıralamamız mümkündür:

1) Esas görevi yargılama yapmak olan yargıç, bir suç işlendiğini haber aldığı anda, işe kendiliğinden el koyabilmektedir. Böylece ithamcı ve yargıç aynı kişide toplanmaktadır.

2) Yargıç, iddia ve savunmanın delilleri ile bağılı olmayıp kendisi de delil toplayabilmekte ve bunları serbestçe değerlendirebilmektedir.

3) İthamcı yargıç ile sanık arasında eşitsizlik vardır.

4) Muhakemenin her aşamasında yazıllık ve gizlilik esastır. Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 42.

⁷⁹ Türk hukukunda da uygulanan işbirliği sisteminin özellikleri aşağıdaki gibidir:

1) Muhakeme yapılabilmesi için ithama gerek vardır; hâkim kendiliğinden işe el koyamaz. İtham, toplam adına bir devlet organı tarafından yapılır. Bunun için savcılık makamı oluşturulmuştur.

2) Muhakeme, kural olarak, birincisi tahkik sisteminden, ikincisi ise itham sisteminden esinlenen iki safhadan oluşmaktadır. Soruşturma safhasında muhakeme kural olarak yazılı ve gizlidir. Çelişme ilkesi sınırlı olarak uygulanır. Buna karşılık kovuşturma safhasında sözlülük ve açıklık esastır. Bu safhada çelişme ilkesi tam olarak uygulanır.

3) Sanık, siyasi rejime göre değişen haklara sahiptir. Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 44.

⁸⁰ Kunter (1951), s. 664, 665; Yenisey (1979), s. 82.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da aleyhe değiştirme yasağı; istinaf, temyiz ve yargılamanın yenilenmesi kanun yollarında geçerlidir. Kural kapsamı açısından ölkemizdeki düzenlemeyle paraleldir. Temyizle ilgili Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 358. maddesi esas alındığında; *sırf sanık lehine temyiz varlığında, yalnız sanık veya sanığın yararına savcılık ya da yasal temsilcisi temyiz davasını açtığına, temyiz mahkemesince bozulan hüküm, fiilin hukuksal sonuçlarının türü ve miktarı bakımından sanığın aleyhine değiştirilemeyecektir. Kural, bir psikiyatri kliniğine ya da bir tedavi kurumuna yerleştirme kararında uygulanmayacaktır.*⁸¹

Alman uygulamasında aleyhe değiştirme yasağının yargılama faaliyetinde adalet düşüncesinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Ancak ilke daha sonra nasyonel sosyalizm döneminde maddi gerçeğe aykırı hüküm verilmesine neden olduğu gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmış ve 1945 sonrasında da federe devletlerin ilkeyle ilgili olarak uygulamalarında farklılıklar yaşanmıştır.⁸²

Aleyhe değiştirme yasağının tüm Almanya'da uygulanışı 1950'lere denk gelmektedir. Nasyonel sosyalizm döneminde kuralın kaldırılış sebebi olarak; sanığın temyiz başvurusu yaparken yargılamanın aleyhine olarak sonuçlanabileceği ihtimalini hissetmesini ve böylelikle de sanığın amaçsızca, şansını denemek amacıyla temyiz başvurusunda bulunmasının önüne geçilmek istenmiştir.⁸³

Alman Federal Mahkemesi'nin 03.03.1959 tarihli bir kararında; ilk hükmün, savcının sanığın aleyhine temyizi üzerine sanığın lehine bozulmuşsa, bu takdirde de aleyhe değiştirme yasağının olacağına hükmetmiştir. Yüce bu karardan hareketle savcının aleyhe temyizinden dahi sanığın lehine de bozulabileceği yorumunu yapmıştır. Aleyhe değiştirme yasağı konusunda sanığın bu kadar lehine düşünen mahkeme, aleyhe değiştirme yasağının ihlal edilmesi halinin de re'sen gözetilmesi gerektiği yönünde karar almıştır.⁸⁴

Alman hukukunda yasağın hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmadığı, kanun koyucu tarafından "hukuksal iyilik olarak" sanığa ve sanık lehine kanun yoluna başvuranlara tanındığı kabul edilmektedir. Burada da amaçlanan sanığın ve sanık lehine

⁸¹ Keskin (2001), s. 410.

⁸² E. Schmidt (1967) *Deutsches strafprozessrecht* . Göttingen no. 358'den aktaran Keskin (2001), s. 410.

⁸³ Keskin (2001), s. 410.

⁸⁴ Yüce (1967), s. 174.

temyiz yoluna başvuranların; başvurma kararını verirken tereddütsüz hareket etmelerini sağlamaktır. Örneğin kanun yoluna başvuran sanığın, kanun yolu yargılaması sonrasında kendisine daha fazla miktarda harç yükletilmesi ihtimali, sanığın kanun yoluna başvurmasında ciddi bir engel teşkil etmektedir.⁸⁵

İngiltere’de aleyhe değiştirme yasağı 1907 tarihli İstinaf Mahkemeleri Kanunuyla kaldırılmıştır. İtalya’da ise önce hem temyizde hem istinafta kabul edilen yasak sonradan sadece istinaf konusunda devam etmiştir.⁸⁶

Görüldüğü gibi aleyhe değiştirme yasağı konusunda farklı ülkelerde farklı uygulamalar olduğu gibi, aynı ülkede farklı zamanlarda yasağın farklı uygulanış biçimlerine de rastlanmaktadır.

7. Türk Hukuk Sisteminde Aleyhe Değiştirme Yasağının Düzenlenişi

Kanun yoluna başvurmada hukuksal yararın olması şartı aranmaktadır. Mahkûmiyet kararı verilmesi halinde; sanığın, yasal temsilcinin veya müdafinin hukuksal yararı bulunduğu gibi beraat kararında da katılanın veya vekilinin hukuksal yararı bulunmaktadır.⁸⁷

Türk hukukunda 04.04.1929 tarihine kadar, Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu'nun yürürlükte olduğu olduğu dönemde aleyhe değiştirme yasağına ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmasa da, ilke içtihat yoluyla uygulama alanı bulmuştur.⁸⁸

Türk Hukuk Sisteminde istinaf, temyiz ve yargılamanın yenilenmesi ve bazı durumlarda da kanun yararına bozma halinde aleyhe değiştirme yasağının etkisini görmektedir.⁸⁹ İtiraz kanun yolunda, aleyhe değiştirme yasağı kabul edilmemiştir. Bu bağlamda itiraz başvurusu, sadece sanık lehine yapılmış olsa da, sanığın aleyhine bir karar verilebilecektir.⁹⁰

Aleyhe değiştirme yasağının Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlendiği yerler ise madde 265, 283, 307/4, 323/2 ve 309/4-b’dir.

⁸⁵ Keskin (2001), s. 411; Yüce (1967), s. 173.

⁸⁶ Kunter (1953), s. 665.

⁸⁷ Öztürk (2009), s. 542, 543.

⁸⁸ Keskin (2001), s. 414.

⁸⁹ Centel vd. (2008), s. 698.

⁹⁰ Karakehya (2002), s. 58.

İlk derece mahkemesinin kararı üzerine yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulmuşsa ve hüküm üst dereceli mahkeme tarafından bozulmuşsa ilk kararı veren mahkemenin vereceği yeni hükümde belirlenen ceza, önceki cezadan daha ağır bir ceza olamayacaktır.⁹¹ Bozma kararının sanık lehine ya da aleyhine olmasının bir önemi bulunmamaktadır.⁹²

Aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesinde temel amaç, sanığın kanun yoluna başvurma hususunda herhangi bir çekince yaşamaksızın özgürce hareket edebilmesini sağlamaktır.⁹³ Kanun yoluna başvurduktan sonra, hakkında verilen cezanın daha da ağırlaşacağı tehlikesi, sanığı kanun yoluna başvurmaktan alıkoyacaktır. Bu nedenle de yasağın kabulü sanık açısından kanun yolu kurumunun işlerliğini sağlayacaktır. Aksi takdirde cezanın daha da ağırlaşması ihtimalinden korkan sanık kanun yoluna başvurmayacak ve böylelikle de hukuki hataların ortadan kaldırılması zorlaşacak ya da imkânsız hale gelecektir.

Hükmün sadece sanık lehine temyiz edilmesi halinde, sanığın aleyhine bir kararın ortaya çıkması katılanın durumunu iyileştirecek ve bu durum, katılan kanun yoluna başvurmaksızın yani katılanın talebi olmaksızın gerçekleşecektir.⁹⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu'na bakıldığında madde 265'de "Cumhuriyet Savcısı kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda"; temyize ilişkin 307 maddede " *Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet Savcısı tarafından temyiz edilmişse*" aleyhe değiştirme yasağının söz konusu olacağı belirtilmiştir.

İstinafın düzenlendiği CMK'nın 283. maddesinde de istinaf yoluna sanık lehine başvurulduğunda, yeniden verilen hükmün önceki hükümden daha ağır olamayacağı belirtilerek aleyhe değiştirme yasağına yer verilmiştir.

Kanun yararına bozmanın düzenlendiği CMK'nın 309. maddesinde de, mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin olarak bozulması halinde kararı veren hâkim veya mahkemece yapılacak yargılama sonucuna göre

⁹¹ Keskin (2001), s. 409; Yüce (1967), s. 173; Ünver ve Hakeri (2011), s. 836.

⁹² Yurtcan (1988), s. 652.

⁹³ Centel vd. (2008), s. 698; Yüce (1967), s. 173.

⁹⁴ Kunter (1953), s. 667.

gereken hüküm verileceği düzenlemiştir. Kanun yararına bozma sonrasında verilen bu hüküm, önceki hükümle belirlenen cezadan daha ağır olamayacaktır.⁹⁵

Olağanüstü kanun yollarından yargılamanın yenilenmesi ile ilgili olarak da CMK md. 323/2’de yargılamanın yenilenmesi isteminin hükümlünün lehine yapılması halinde, yeniden verilecek hükmün önceki hükümle belirlenen cezadan daha ağır olamayacağı düzenleme altına alınarak aleyhe değiştirme yasağına yer verilmiştir.

8. Aleyhe Değiştirme Yasağının Hukuki Niteliği

8.1. Genel Olarak

Aleyhe değiştirme yasağının hukuki niteliği çeşitli biçimlerde ifade edilmek istenmiştir. İlk başlarda yasağın esası adalet düşüncesiyle açıklanmaya çalışılsa da ceza muhakemesinde sadece sanık için değil muhakemenin her yönüyle adaletli olması gerektiği anlayışından hareketle bu düşünce eleştirilmiştir.⁹⁶

Yasağı kazanılmış hak kapsamında açıklamaya çalışanlar olduğu gibi, bu düşünce, vicdani kanaatine dayanarak karar verebilen hâkimin yasak nedeniyle kısıtlandığı⁹⁷ ve kazanılmış hak kavramının ceza adaletinin hukuksal, ahlaksal ve sosyal prensiplerine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁸

Yasağı açıklamanın zor olduğunu başlangıçta ifade eden Erem ise, yasağın bir istisna olduğunu ve hâkimin görevini sınırlandırdığını belirtmekle birlikte, hukuk devleti ve demokratik devletin kazandırdığı teminatlar kapsamında değerlendirmiştir.⁹⁹ Çınar da yasağın hukuk devleti olmanın zorunlu bir sonucu olduğu görüşündedir.¹⁰⁰

Biz de aleyhe değiştirme yasağının, sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, sanığa Ceza Muhakemesi Kanunuyla tanınmış olan kanun yoluna başvurma hakkını kullanırken herhangi bir çekince ya da korku yaşamaması amacıyla tanınmış bir

⁹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.09.2006 tarih ve 2006/8-199 Esas ve 2006/188 Karar sayılı kararı.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 03.03.2013)

⁹⁶ Keskin (2001), s. 414.

⁹⁷ Keskin (2001), s. 415.

⁹⁸ Kunter (1953), s. 670.

⁹⁹ Erem (1967), s. 617.

¹⁰⁰ A. Çınar (2010). *Türk ve Alman ceza yargılama hukukunda istinaf*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 236.

hukuki imkân olduğunu düşünüyoruz. Yasak uygulandığında sanığın çekeceği ceza miktarı ve hukuki sonuçları yönünden durumu ağırlaştırılamayıp, suçun hukuki niteliği değiştirilebileceğinden maddi gerçek de ortaya çıkmış olacaktır.

Aleyhe değiştirme yasağı kanun yoluna başvurunun bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır, sadece sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde yeniden verilecek hükümdeki cezanın önceki sonuç cezadan daha ağır olamayacağını ifade eder ve aynı zamanda temyize ilişkin açıklamalarımızda tanımladığımız bozmadan sonraki serbestlik ilkesinin de istisnalarından birisidir.¹⁰¹

8.2. Aleyhe Değiştirme Yasağı Lehindeki Görüşler

Hükmün yalnızca sanık tarafından ya da Cumhuriyet Savcısı tarafından sanık lehine temyiz edilmesi halinde bozma kararı sonrasında yeniden verilen hükümdeki cezanın, önceki cezadan daha ağır olamayacağı konusundaki kural lehine¹⁰² ve aleyhine düşünceler doktrinde mevcuttur. Önceki görüşünde aleyhe düzeltme yasağına karşı olan Kunter¹⁰³, daha sonra görüş değiştirerek aleyhe değiştirme yasağının mevcudiyetini korumasından yana olmuştur. Kunter, görüş değişikliğini şu şekilde ifade etmiştir; “*İlk altı basıdaki görüşümüz, daha çok kararı beğenmeyip bozulmasını isteyen kişinin karar bütün olduğuna ve yeni bir karar verileceğine göre, bunun aleyhe sonuçlarına da katlanması gerekmesinde ve bu mecburiyetin temelinde, iddia makamlarının aleyhte kanun yollarına gitmemesindeki “tesadüf”ün yatmasına dayanıyordu. Rasyonel olmasına rağmen bu görüşün fazla sert olduğunu gördük. Hepimiz şu veya bu tesadüften yararlanırken, sanık niye yararlanmasın?*”¹⁰⁴ Görüş değişikliği bu şekilde

¹⁰¹ Kunter vd. (2010), s. 1664; Öztürk ve Erdem (2008), s. 945.

¹⁰²Faruk Erem, Aleyhe kanun değişikliğinin dahi geçmişe etkisizliğini kabul eden bir sistem içinde aleyhe bozma yasağının yadırganmaması gerektiğini düşünmekte ve aleyhe bozma yasağının hukuk devleti, demokratik devlet gibi kuralların dâhilinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Erem (1967), s. 617.

¹⁰³“*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda kabul edilmiş olan ve kabili müdafaa olmayan aleyhe düzeltme yasağının bir an önce kanundan çıkarılması temenni olunur*” ifadesiyle Kunter aleyhe düzeltme yasağına karşı olduğunu ortaya koymuştur. Kunter (1952), s. 679.

¹⁰⁴ Kunter vd. (2010), s. 1666.

ifade edilmiş ve değişikliğin gerekçesi sanığın da tesadüflerden yararlanması gerekliliğine dayanmıştır.

Aleyhe değiştirme yasağı lehindeki görüşleri; yüze karşılık (vicahilik), hükmün talep dışına çıkması, kanun yolundan beklenen fayda ve adalet düşüncesi şeklinde sıralamamız mümkündür.¹⁰⁵

8.2.1. Yüze karşılık (Vicahilik) görüşü

Aleyhe değiştirme yasağının esasları çeşitli biçimlerde izah edilmeye çalışılmıştır. İlkenin tek başına izahı mümkün olmadığından muhakeme hukukunun çeşitli ilkeleriyle anlatılması gerekmektedir.

Savunma hakkının kutsallığı ceza muhakemesinde kuşkusuz önem arz etmektedir.¹⁰⁶ Sanığın savunmasının olması gerektiği gibi alınmasına olanak tanınmadan hüküm verilmesi adil karar verilmesini engeller. Bu durumun da hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün değildir.¹⁰⁷ Muhakeme hukukunda vicahilik prensibi esas olduğundan sanığın aleyhine olan hususlarla ilgili olarak savunmasının alınması gerekmektedir.¹⁰⁸

Vicahilik prensibi, muhakeme sujelerinin duruşmada hazır bulunmaları, iddia ve savunmayı öğrenmeleri ve sujelerin hâkimin huzurunda birbirinin önünde dinlenmeleri zorunluluğu olarak ifade edilmektedir.¹⁰⁹

Şüpheli ve sanığa tanınan tüm hakları savunma hakkı başlığı altında toplamak mümkündür. Zira bahsedilen haklar, şüpheli ve sanığın kendisini olması gerektiği gibi

¹⁰⁵ Erem (1967), s. 616; E. Günay (2000). *Uygulamada ve öğretide bozmanın sirayeti ve aleyhe bozma yasağı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 59.

¹⁰⁶ Savunma hakkının muhakemenin yürüyüşü ile ilgili insan haklarından olduğunu vurgulayan Cihan maddi gerçeğe ulaşılmasında; iddia, savunma ve yargılama makamlarının usulüne uygun olarak ortaya çıkması gerektiğini vurgulamıştır. E. Cihan (1999). *İnsan hakları ve ceza muhakemesi hukuku. CmuK Sempozyumu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 143.

¹⁰⁷ Özbek vd. (2012), s. 776.

¹⁰⁸ Günay (2000), s. 59.

¹⁰⁹ Duruşmanın yalnız vicahi olması yarar sağlamaz, duruşmanın karşılıklı olması ile teminat sağlanmış olur. Öne sürülen her delile ve iddiaya karşı, diğer tarafın ne diyeceğinin sorulması ve karşı delilleri gösterme imkânının tanınması gerekmektedir. Erem (1973), s. 247, 248.

savunmasına yarayan ve suçlamadan kurtulmasını sağlayan haklardandır. Bu hak sanığı hukuki ve fiili açıdan koruma imkânını tanımaktadır.¹¹⁰ Sanığın hakları temel insan hakları arasında yer almaktadır.¹¹¹

Savunma hakkı Anayasa ile güvence altına alınan temel haklar arasında yer almaktadır. Anayasanın 36. maddesinde “*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” şeklinde hak arama özgürlüğü ifade edilmiştir.

Sanığa savunma hakkının verilmemesi ya da savunma hakkının kısıtlanması halinde hükmün daima hukuka aykırı sayılacağı CMUK m. 308/8 ile CMK m. 280/1-b ve CMK m. 289’da ifade edilmiştir.

Yargıtay, savunma hakkının kısıtlanması ile ilgili olarak şu kararında “*Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, devletin hâkimiyeti altındaki topraklardan bir kısmını ayırmaya yönelik eylemlerde bulunmak suçundan hükümlü Mehmet hakkında 4959 sayılı Toplama Kazandırma Yasası hükümlerinin uygulanma olanağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Hakkındaki hüküm Ağrı Cezaevinde infaz edilmekte olan hükümlünün ifadesi talimat yoluyla Ağrı Ağır Ceza Mahkemesince 25.8.2003 tarihinde alınmıştır. Hükümlü 9.9.2003 havale tarihli dilekçe ile duruşmada bizzat hazır olma isteğinde bulunmuş, ancak Yerel Mahkemece 7.11.2003 günlü oturumda, talimatla ifadesinin alınmış ve hükümlü olması gerekçesine dayalı olarak bu talebinin reddine ilişkin ara kararı verilmiştir. Hükümlü bulunduğu suçtan hakkında yeniden duruşma açılarak yargılama yapılan kimsenin, duruşmada bulundurulması ve savunmasının alınması zorunludur. Hakkında yeniden yargılama yapılan hükümlünün duruşmada hazır bulundurulmaması, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur ve bu durum CYUY’nin 226 ve 308/8 maddelerine*

¹¹⁰ Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 132; Özbek vd. (2012), s. 87; Öztürk ve Erdem (2008), s. 194.

¹¹¹ “Sanığın haklarının temel insan hakları arasında yer almasının nedeni de, bu kişilerin henüz suçluluğu kesin olarak saptanmamış kişiler olmasından kaynaklanmaktadır. Suç ithamı altında olan sanık, kendisini yeterince savunamadığı, adil ölçüler içinde yargılanamadığı sürece, suçsuzluğunu kanıtlamayacaktır ya da hafif bir ceza ile cezalandırılmaması gerektiğini anlatamayacaktır.” S. Donay (1982). *İnsan hakları açısından sanığın hakları ve Türk hukuku*. İstanbul : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 3.

aykırıdır."¹¹² diyerek sanığın duruşmada hazır bulundurulmamasının hukuka aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/3-b'de bir suçla suçlanan her kişinin, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan yararlanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.¹¹³

Savunma hakkı, birçok hakkı içinde barındıran bir haktır.¹¹⁴ Bunlar; müdafiden yararlanma, susma, soru sorma, kendi aleyhine işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, delillerin toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma gibi haklardan oluşmaktadır.¹¹⁵ Bu haklar dışında da, her sanık savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylığa sahip olma, kanun yoluna başvurma ve aynı fiilden tekrar yargılanmama, isnadın tespiti açısından tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir.¹¹⁶

8.2.2. Hükümün talebin dışına çıkması görüşü

Aleyhe değiştirme yasağının lehine görüşe sahip olanlardan bir kısmı da ceza davasını hukuk davasına dönüştürme düşüncesine sahiptirler. Sanığın lehine sonuçlanması umuduyla yaptığı başvuru sonrasında, hiçbir talebi olmadığı halde katılan açısından lehe bir duruma neden olmak talep dışı karar vermek sonucunu doğuracaktır.¹¹⁷

Hükümün talep dışına çıkması görüşü konusunda çeşitli eleştiriler yapılmaktadır.¹¹⁸ Zira Yargıtay taleple bağlı değildir. 1412 sayılı CMUK'un 320. maddesi gereğince Yargıtay, temyiz dilekçesi ve layihasında gösterilen hususlarla

¹¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.03.2005 tarih ve 2005/9-20 Esas ve 2005/27 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 25.03.2013)

¹¹³ AİHS m. 6.

¹¹⁴ Kunter sanığın bütün haklarının savunma hakkı içinde toplandığını ifade etmektedir. Savunma hakkının Anayasa ve İnsan Hakları Beyannameleri ile güvence altına alındığını belirtmektedir. Kunter vd. (2010), s. 442.

¹¹⁵ Centel vd. (2008), s. 143.

¹¹⁶ Centel vd. (2008), s. 147.

¹¹⁷ Kunter (1953), s. 667.

¹¹⁸ Erem bu konuda "Ceza hukukunda talebin zaruri olmadığı düşünülürse bu anlayışın isabetsizliği ortaya çıkacaktır." diyerek talep dışı karar gerekçesine karşı olduğunu ortaya koymaktadır. Erem (1967), s. 616.

birlikte, temyiz talebinde ileri sürülen usule ilişkin eksiklikler konusunda inceleme yapar. Ayrıca, hükme etkisi olacak derecede yasaya aykırı davranılmış olduğunu görürse, temyiz dilekçesinde veya layihada bulunmasa bile bu konuyu da inceler. Görüldüğü gibi CMUK m.320'nin bu hakkı vermesi noktasında aleyhe değiştirme yasağı konusunda getirilen eleştiriler gerekçe konusunda anlamsız kalmaktadır. Kanunun verdiği bu yetki karşısında Yargıtay'ın talep edilmeyen konularda inceleme yapıp karar vermesi yasaya uygun olacaktır.

Hükmün talep dışına çıkması görüşünde olanlar, yukarıda belirtildiği gibi ceza davasını hukuk davasına benzetme amacı içerisindedirler. Ceza davasında, hukuk davasında olduğu gibi menfaatler çatışması bulunmamaktadır. Bu nedenle de ceza davası ile hukuk davasını birbirinden ayırdetmek gerekir.¹¹⁹ Ceza davasında her ne kadar sanık da savcı da taraf olsa da, bu durum savcının tamamen sanık aleyhine hareket edeceği anlamına gelmemektedir.

Toplumsal iddia makamı olan savcılar, adalete ilişkin iddia faaliyetini yürütürler. Savcıların, mahkemelerden bağımsız olarak sanığın hem lehine, hem de aleyhine olan hususlarda delil toplamak gerektiğinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermek yetkisine sahip olmaları¹²⁰ ceza davasının tarafları ile hukuk davasının taraflarının farklı konumlarda olduğunu ortaya koymaktadır. CMK m. 170/5'de kamu davasını açma görevine ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının sadece şüphelinin aleyhine olan hususları değil, lehine olan hususları da ileri sürmesi gerektiği belirtilmiştir.

Savcılar, soruşturma evresinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebileceği gibi kovuşturma evresinde de önce istediği cezadan daha azını talep edebileceği gibi, beraat kararı verilmesi yönünde de mütalaa verebilecektir.¹²¹

Biz de kural lehine görüşte olsak da, bu konuda talep dışı karar yönündeki gerekçeye katılmamız mümkün değildir.

¹¹⁹ Kunter (1953), s. 668; Centel ve Zafer (2008), s. 427.

¹²⁰ Centel ve Zafer (2008), s. 105, 106.

¹²¹ Kunter (1953), s. 668.

8.2.3. Kanun yolundan beklenen fayda görüşü

Kanun yolları konusundaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi kanun yoluna başvurmada doktrindeki baskın görüşe göre hukuki yarar aranır. Zira kanun yoluna başvuran ilgilinin korunan hukuksal yararında bir zedelenme söz konusu değilse, kararın incelenmesi konusunda bir ihtiyacı da bulunmayacaktır. Bu nedenle de gerek istinaf gerekse de temyiz açısından ilgilinin haklarına doğrudan müdahale olması gerekir.¹²² Muhakeme süjelerinin karar dolayısıyla mağduriyetlerinin oldukça çok olması halinde; yargılamanın bir yerde sonlandırılması konusundaki genel yarar kaldırılır ve kararın denetimindeki bireysel yarar ön plana çıkar.¹²³

Kanun yoluna başvurmada hukuksal yararın zedelenmesi şartını arayan görüş ağır basmakla birlikte, kanun yoluna başvurmak için zarar görme şartının aranmaması gerektiği görüşünde olanlar da vardır. Bu görüşe göre karardan tatmin olmayan herkes, kararın yanlış olduğu düşüncesiyle kanun yoluna başvurabilmelidir.¹²⁴

Bu bağlamda sanık, sanık müdafii ya da Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, aleyhe değiştirme yasağı söz konusu olmazsa, sanığın durumunun iyileştirilmesi ya da kanun yolundan bu noktada beklenen fayda ortadan kalkacaktır.

¹²² Beraat kararı verilmesi halinde sanığın kanun yoluna başvurmada hukuksal yararı olmadığı gibi, ceza verilmesine yer olmadığı ya da düşme kararında gerekçeye göre kanun yoluna başvurmada hukuksal yararın olup olmadığı tespit edilmelidir. Örneğin zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesi halinde, istinaf ya da temyiz yoluna gidilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Öztürk (2009), s. 542, 543. Ancak şunu da belirtmemiz gerekir ki beraat kararının gerekçesi önem arz etmektedir. Zira delil yetersizliğinden beraat söz konusu olduğunda, beraat eden kişi üzerindeki şüphe devam edecektir, kusur yeteneğinin bulunmadığı tespit edilerek karar verilmesi halinde de aynı sorun karşımıza çıkacaktır. Keskin (2001), s. 35; E. Cihan ve F. Yenisey (1997). *Ceza muhakemesi hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 393.

¹²³ Keskin (2001), s. 34.

¹²⁴ Kunter vd. (2010), s. 1658.

8.2.4. Adalet düşüncesi görüşü

Aleyhe değiştirme yasağının lehine görüş sahibi olanların bir kısmı da adalet düşüncesine dayanmaktadırlar. Yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CMUK'un 326. madde gerekçesinde de kuralın dayandığı temellerden biri de adalet düşüncesidir.¹²⁵

Ancak Keskin ve Kunter ilkeyi, adalet düşüncesine dayandıranları eleştirmiştir. Keskin kuralın sadece adalet düşüncesiyle açıklanamayacağını, kararın adil olması için maddi gerçeğe her açıdan uygun olması gerektiğini ifade ederken¹²⁶, Kunter adalet düşüncesine dayananların gerekçelerini tatminkâr bulmadığını belirtmiştir. Sanığın kanun yoluna başvururken kendi çıkarını düşündüğünün açık olduğunu ancak sanığın, hükmü temyiz ederken kesinleşmesine engel olduğunu belirtmektedir. Bunun yanı sıra temyiz makamına talep edilmeyen hususların da incelenme imkânı tanındığı için sanığın, kanun yoluna başvurunun sonuçlarına katlanması gerektiğini belirtmiş ve bu konudaki düşüncelerini şöyle ifade etmiştir:

“Sanığın gayesi, ancak onun temyiz edip etmemesinde bir rol oynamalıdır. Şayet temyiz cihetini tercih etmiş ise artık devletin cezai adalet makinesi bütün heybet ve haşmetiyle işlemeğe başlamış, iş sanığın elinden çıkmıştır. Madelet kaidesini ileri sürenler, ceza hukukunda nalıncı keseri gibi hep suçlu lehine yontmak fikrinin tesiri altında kalanlardır. Amme intizamının, cemiyetin müdafaasının bahis mevzuu olduğu ceza hukukunda hep suçlu lehine gidilmesi fikri, soysuzlaşmış bir merhametin ifadesinden başka bir şey değildir. Cemiyetin menfaatlerini koruyan Ceza Kanunu tamamen ve hakkıyla tatbik edildiği zamandır ki adalet yerini bulmuş olacaktır.”¹²⁷

8.3. Aleyhe Değiştirme Yasağı Aleyhindeki Görüşler

Görüş değiştirmeden önce, yasak aleyhindeki düşünceye sahip olanların başında Kunter yer alıyordu. Kunter, ceza muhakemesi hukuku da dâhil olmak üzere, ceza

¹²⁵ Madde gerekçesinde; “Mahkûmun lehine olarak vaki temyiz neticesinde evvelki hüküm ile tayin olunan cezadan daha ağır bir ceza tatbiki kavaidi madelet ve hakkı müktesep mülâhazasıyla kabili telif görülmemiştir.” şeklinde ifade edilmiştir. Kunter (1953), s. 666.

¹²⁶ Keskin (2001), s. 414.

¹²⁷ Kunter (1953), s. 668-669.

hukukunda suçlunun kazanılmış hakkı olmadığı vurgusu yapmış ve “Ceza Muhakemeleri Usul Kanunumuzda kabul edilmiş olan ve kabili müdafaa olmayan aleyhe düzeltme yasağının biran önce kanundan çıkarılması temenni olunur” ifadesiyle kuralın muhakeme hukukunda yer almaması gerektiği yönündeki düşüncesini ortaya koymuştur.¹²⁸ Biz Kunter’in aleyhe değiştirme yasağının kanundan çıkarılması yönündeki görüşlerine katılmamakla birlikte yasak aleyhindeki düşüncelere aşağıdaki gibi yer veriyoruz.

Aleyhe değiştirme yasağı aleyhindeki düşünceleri; kanunun iradesine aykırılık, üst mahkemenin bağlanması ve usul hukukunun insicamı olarak sıralamamız mümkündür.

8.3.1. Kanunun iradesine aykırılık görüşü

Kanunun iradesine aykırılık yönünde görüşe sahip olanlar, aleyhe değiştirme yasağının kanunun iradesini ihlal ettiğini ifade etmektedirler. Bu görüşe göre; aleyhe değiştirme yasağının mevcudiyeti ceza muhakemesi hukukunun işleyişine aykırılık teşkil etmektedir. Ceza kanununda yasaklanan fiillerin somut olayda gerçekleşmesiyle, ceza hukukunun işlevi ortaya çıkmaktadır.¹²⁹

Delitalia, kuralın meşru bir esasının bulunmadığını, burada kanunun iradesine karşı çıkılarak, kanun yoluna başvuranların taleplerinin üstün tutulduğunu ve bu durumun da ceza hukukunun amacıyla bağdaşmadığını ifade etmektedir¹³⁰

Ceza kanununun ihlali sonucunu doğuran fiillerin gerçekleşmesiyle, kanunda o fiil için öngörülen cezanın uygulanması gerekmektedir. Aleyhe değiştirme yasağının

¹²⁸ Kunter (1953), s. 679.

¹²⁹ Ceza hukukunun konusu genel anlamda suçlar ve cezalardır. Devletin temel fonksiyonlarından biri toplumsal düzeni sağlamak olduğundan, devlet bireylere bazı fiilleri gerçekleştirme ya da bunlarda kaçınma konusunda emirler vermektedir. Ceza hukuku da emirler ve yasaklar ile yaptırımları incelemektedir. Bu bağlamda suç ceza kanunu tarafından yasaklanan fiilleri ifade etmekle birlikte, ceza da suçun karşılığını ifade etmektedir. N. Centel vd. (2005). *Türk ceza hukukuna giriş* (3. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi, s. 3,4.

¹³⁰ G.Delitalia (1976). *Dritto processuale penale, raccolta degli scritti*, Milano, s. 95 vd.'dan aktaran, Selçuk (2012), s. 28.

kabulüyle, kanunda o fiil için öngörülen cezanın uygulanma imkânı ortadan kalkmaktadır.

*Yasağın doğurduğu sonuç şudur: suç-ceza-sorun gibi kavramlar arasında kanunun kabul ettiği denge bozulmuş olacaktır. Bu suretle usul hukukunda kabul edilen bir kural ceza hukukundaki diğer bir kuralı etkisiz hale getirmiş olmaktadır.*¹³¹

8.3.2. Üst mahkemenin bağlanması görüşü

İlk derece mahkemesinin kararında mevcut olan hatanın, fark edilmesine rağmen, üst derece mahkemesinin görevi kısıtlanmış olmaktadır. Yasağın mevcudiyeti nedeniyle, suçlar arasında fark ortadan kalkmış olacak ve böylece *kanuni azaltıcı sebep adı* verilen sebep ortaya çıkmış olacaktır.¹³²

Biz bu konudaki düşüncelere katılmıyoruz, zira sadece sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde suçun ilk derece mahkemesinde tespit edilenden farklı bir suç olduğu kanaatine varılabilmekte ancak ceza miktarı açısından ilk verilen cezadan fazlası verilememektedir. Bu da suçun niteliğini tespit bakımından üst mahkemeyi kısıtlamamaktadır. Yasak, maddi gerçeğin ortaya çıkması konusunda da bir engel teşkil etmemektedir. Maddi gerçek ortaya çıkmakta ancak, sadece verilecek ceza bakımından suçun tam karşılığı verilememektedir.

8.3.3. Usul hukukunun insicamı görüşü

Suçun niteliğinin değişmesi CMK m. 226'da düzenlenmiştir.¹³³

¹³¹ Erem (1967), s. 616; Günay (2000), s. 59.

¹³² Erem (1967), s. 616; Günay (2000), s. 59.

¹³³ Suçun niteliğinin değişmesi

Madde 226-(1) Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez.

(2) Cezanın arttırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek haller, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hükümler uygulanır.

(3) Ek savunma verilmesini gerektiren hallerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir.

CMK m. 225’de "*Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir.*" ifadesine yer verilmiştir.

İddianamede gösterilen fiilin dışında suçun hukuki niteliğinin değişmesi ya da cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren durumlar söz konusu olabilir.¹³⁴

İddianamede, eylemin hukuki nitelendirmesinin ve şüpheliler hakkında uygulanacak kanun maddelerinin yazılı olması zorunlu olsa da, mahkeme bu nitelendirmeye ve kanun maddeleriyle bağlı değildir.¹³⁵ Bu bağlamda iddianamede yapılan hukuki nitelendirmenin yanlış olması iddianamenin iadesi nedenleri arasında bulunmamaktadır.

CMK’nın 225. maddesinde sanığın iddianamede belirtilen fiil dışında yargılanmasını ve bu konuda hüküm kurulmasını engellemektedir. Bu bağlamda sanığa ek savunma hakkı verilmesi gerekmektedir.

8.4. Bölümün Ara Değerlendirmesi

Aleyhe değiştirme yasağı konusunda doktrinde pek çok zıt düşünce yer alsa da bize göre; Anayasa’nın Genel Esaslar kısmında, 2. maddesinde Cumhuriyet’in nitelikleri başlığında ifade edilen insan haklarına saygılı ve hukuk devleti olması konusunda yapılan nitelendirme karşısında aleyhe değiştirme yasağının mevcudiyeti doğal -bir olgudur. Demokrasinin genel ilkeleri, savunma hakkı, sanığın hukuki güvenliğinin sağlanması açısından yasağın varlığı zorunludur. Zira önceki başlıklarda yaptığımız açıklamalarda da değindiğimiz gibi sanık, kendisi hakkında verilen hüküm hakkında, daha lehine bir karar verilmesi amacıyla kanun yoluna başvurur. Oysa karara karşı sanık dışında kimsenin kanun yoluna başvurmaması halinde, sanık daha lehine bir karar beklerken, kanun yoluna başvurusu sebebiyle daha ağır bir sonuçla karşılaşma ihtimali, sanığın en doğal haklarından bir olan kanun yoluna başvurma hakkı konusunda tereddüte düşmesine neden olacak, hatta kanun yoluna başvurma hakkı dolaylı olarak engellenmiş olacaktır. Bu bağlamda sanığın kanun yoluna başvurma hakkını özgürce

(4) Yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirimler, varsa müdafie yapılır. Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır.

¹³⁴ Ünver ve Hakeri (2011), s. 669.

¹³⁵ Ünver ve Hakeri (2011), s. 669.

kullanması adına Roma Hukukundan günümüze kadar gelen aleyhe değiştirme yasağı varlığını korumalı ve böylece de kanun yoluna başvurma hakkı tereddütsüz kullanılmalıdır. Çünkü hükümle birlikte ceza aldığı için zor durumda bulunan sanık, kanun yoluna başvururken durumunun daha da kötüleşme ihtimalini düşünerek, başvuru hakkını kullanmada tereddüt yaşayabilir. Zaten sanığa bir taraftan kanun yoluna başvurma olanağını tanınması, bir taraftan da bu hakkı kullanırsa daha kötü bir sonuçla karşılaşma ihtimaliyle baş başa bırakılması bir çelişki meydana getirecektir. Anayasayla güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün korkusuzca kullanılmasına ilke zemin hazırlamaktadır.

İkinci Bölüm

Aleyhe Değiştirme Yasağının Kapsamı ve Sonuçları

1. Kapsamı ve Uygulaması

1.1. Genel Olarak

Aleyhe değiştirme yasağının düzenlendiği kanun yollarına ilişkin genel hükümler kısmında Cumhuriyet Savcısının kanun yoluna başvurusuna ilişkin CMK'nın 265. maddesinde, istinafa ilişkin CMK'nın 283., temyize ilişkin CMK'nın 307., yargılamanın yenilenmesine ilişkin CMK'nın 323. maddesinde ve kanun yararına bozmaya ilişkin CMK'nın 309/2-b maddelerinde, cezanın ağırlaştırılamayacağı ifade edilmiştir.

Temyiz, istinaf, yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozmada “cezanın ağırlaştırılamayacağı” ifadesinden anlaşılması gereken sonuç cezadır. Bu bağlamda ilk verilen hükümle, sonraki hüküm arasında aleyhe değiştirme yasağı açısından karşılaştırma yapılırken esas alınacak olan sonuç cezadır. Cezanın tespiti aşamasında uygulanacak olan hususlar dikkate alınmayacaktır.¹³⁶

¹³⁶ Bu bağlamda, ilk hükümde ağır cezayı içeren fıkrayı asgari haddten uygulamış olan ilk derece mahkemesi, lehe temyiz üzerine bozma sonucunda hafif cezayı içeren fıkrayı uygularken, asgari haddten

Kanunda sadece cezanın ağırlaştırılamayacağı ifadesine yer verilmiştir. Ancak sadece ceza açısından değerlendirme yapmak konuya açıklık getirmeye yetmez. Ceza, güvenlik tedbiri, hapis cezası, adli para cezası gibi konuların aleyhe değiştirme yasağının kapsamında olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir.

Aleyhe değiştirme yasağının kapsamını açıklarken, her ne kadar biz kazanılmış hak esasına dayanmasak da Yargıtay'ın yeknesak bir biçimde aleyhe değiştirme yasağını kazanılmış hakka dayandırmaktadır. Bu nedenle kazanılmış hak kavramını bu konudaki mahkeme kararlarıyla açıklamamız gerekmektedir.

1.2. Aleyhe Değiştirme Yasağı ve Kazanılmış Hak İlişkisi

Kazanılmış hak kavramı gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, gerek İdari Yargılama Usul Kanununda, gerekse de Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almayan ancak Yargıtay kararlarında yer verilen bir kavramdır.

Muhakeme hukukunun güncel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla mahkeme içtihatlarıyla hukuk düzenine dâhil edilen kazanılmış hak kavramı, doktrinde tartışmaları beraberinde getirmiştir.¹³⁷

Yargıtay kararlarında; “....Yargıç kararları, yasa metninde yer alan hakları tanıyıp, açıkça yasak olmayan konularda da haktan yararlanacak olan kimselerin lehlerine yorum yapmak suretiyle hak ve özgürlüklerin tanınması araçlarından biridir. Kazanılmış hak, hukuk devleti ilkelerinin en önemlilerinden biridir. Hukukun tüm alanlarında kazanılmış hak söz konusudur. Kazanılmış hak, özellikle idari yargı hukukunda, hak sahibinin iyi niyetli olmaması halinde söz konusu değildir. Oysa devlet organlarının kendi hata, kusur veya kastı sonucu yapılan işlemin hukuka aykırı olması halinde, hak sahibinin iyi niyetinin korunması gerekir. Dolayısıyla hak sahibinin iyi niyetle kazandığı hakkı, devlet görevlilerinin hatalarından kaynaklandığı gerekçesiyle

cezaı belirlemek mecburiyetinde değildir. Mahkemenin bağlı olduğu nokta sonuç ceza bakımındandır. Keskin (2001), s. 417; Suçun niteliği değişse de sonuç ceza bakımından değişiklik yapılamayacaktır. Centel (2008), s. 699.

¹³⁷ G. Kaplan (2004). İdari yargıda usuli kazanılmış hak. *Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), s. 115 vd. http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004_VIII_6.pdf (Erişim tarihi: 02.03.2013)

elinden alınamaz. Hukuk devletinde Devlet, görevlilerini göreve getirirken hak bilinciyle yetiştirmek zorundadır. Bu sağlanmadan hukuk devleti ilkelerinin gerçekliğe aktarılması mümkün değildir.”¹³⁸

Anayasa Mahkemesi Kararlarına da kazanılmış hak kavramının yansıdığını görmekteyiz. “Kamu hukukunda kazanılmış haklar, söz konusu kuralların kişilere uygulanması ile ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında da belirtildiği üzere gerek öğretide ve gerek uygulamada tanımı çeşitli görüşe ve kabule elverişli bir kavram olan kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında bireyler açısından önemli bir konudur ve genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilebilir.

Kamu hukuku alanında böylece ortaya çıkan kazanılmış haklara, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine göre saygı gösterilmesi, bu hakların korunması ve konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulması gerekir. Anayasa'nın 2. maddesi hukuk devleti olmayı Cumhuriyetin nitelikleri arasında saymıştır. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir.

Ancak, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni yasadaki önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir.”¹³⁹

Ceza miktarı yönünden kazanılmış hak ise bir Yargıtay kararında¹⁴⁰ “...sanık veya yargılama yasasında öngörülen ilgililer tarafından temyiz davası açıldığında, lehe bozma üzerine yeniden kurulan hükümle belirlenen cezanın ve sonucun önceki hükümle belirlenen cezadan ve sonuçtan daha ağır olmamasıdır.” şeklinde tanımlanmıştır.

1412 Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda, 326/4 maddesinin gerekçesinde, kuralın dayandığı sebeplerden biri de kazanılmış haktır. Kazanılmış hak gerekçesi

¹³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27.04.2010 tarih ve 2010/6-73 Esas, 2010-97 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 01.04.2013)

¹³⁹ Anayasa Mahkemesinin 28.09.1988 tarih ve 1988/ 12 Esas ve 1988/32 Karar sayılı kararı. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=819&content= (Erişim tarihi : 01.04.2013)

¹⁴⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.04.2012 tarih ve 2011/12-378 Esas ve 2012/137 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 01.04.2013)

doktrinindeki bazı yazarlar¹⁴¹ tarafından kabul edildiği gibi Yargıtay ve Danıştay kararlarında da benimsenmiştir.¹⁴²

Özel hukukta kazanılmış hak ilkesinin kabulü, belli ölçüde kabul edilebilir görülürken, kamu düzenini ilgilendiren ceza davalarında hukuka aykırılık teşkil eden suçun, kazanılmış hak meydana getirmesi hukuk ve ahlaka ters düşmekte, ceza hukukunun hukuki, ahlaki ve toplumsal temellerine aykırı olarak görülmektedir.¹⁴³

Doktrinde de eleştirilen kazanılmış hak kavramına uzun süre, yeknesak bir biçimde Yargıtay tarafından yer verilmiş olmasına rağmen kazanılmış hakka dayanan görüşün eleştirildiğini de görmekteyiz.¹⁴⁴

Selçuk “kazanılmış hak” deyişinin yargı kararlarında yer almasını ağır bir biçimde eleştirmektedir ve kazanılmış haktan bahsedebilmek için hukuka uygun bir işlem veya eylemin olması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Suçun en başından itibaren

¹⁴¹ Taner (1950), s. 402.

¹⁴² Selçuk (2012), s. 30.

¹⁴³ E. Ferri (1929). *Principii di diritto criminale*, s. 149’dan aktaran Selçuk (2012), s. 31.

¹⁴⁴ “5271 sayılı CYY’nın yürürlüğe giren ancak 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca henüz uygulama olanağı bulunmayan 307/4. maddesinde yer alan “aleyhe değiştiremememe yasağı” 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY’nın 326. maddesinin son fıkrasında; “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz” biçiminde düzenlenmiş olup, ceza usul hukukumuzda bunun dışında aleyhe bozma yasağını düzenleyen başka bir hüküm bulunmamaktadır.

Buradan çıkan sonuç, ceza hukukunda genel anlamda bir “kazanılmış hak” kavramından bahsedilemeyeceği fakat 1412 sayılı CYUY’nın 326. maddenin son fıkrası uyarınca sınırlı biçimde uygulanabilecek bir “ceza aleyhe değiştiremememe ilkesi” “Reformatio in pejus” veya “aleyhte düzeltme yasağı”nın söz konusu olabileceğidir.

Buna göre, aleyhe değiştiremememe yasağı münhasıran “cezalar” ile ilgili bir kavram olup; cezalar da 5237 sayılı TCY’nın 45. maddesinde; hapis ve adli para cezaları olarak sayıldığından, cezalar arasında sayılmayan güvenlik tedbirlerinin ve diğer müesseselerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği Ceza Genel Kurulunca duraksamasız olarak kabul edilegelmiştir.

Bu bağlamda; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, 10.03.2009 gün ve 241-57 sayılı kararında; 5271 sayılı CYY’nın 231. maddesinde düzenlenen “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” müessesesine ilişkin olarak belirlenen “denetim süresi” cezaya ilişkin olmadığından burada kazanılmış hakkın söz konusu olmayacağı...” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.02.2010 tarih ve 2009/6-230 Esas ve 2010/32 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 01.04.2013)

hukuk düzenine aykırı olduğunu ve hak doğurma imkânının olmadığını ifade etmektedir.¹⁴⁵

1.3. Aleyhe Değiştirme Yasağı Kapsamında Değerlendirilen Hususlar

1.3.1. Yasağın cezaya ilişkin olması

Genel olarak yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz gibi aleyhe değiştirme yasağı ile ilgili olarak CMK’de düzenleme altına alınan maddelerde “cezanın ağırlaştırılamayacağı” ifadesi yer almaktadır. Temyize, istinafa, kanun yararına bozmaya ve yargılamanın yenilenmesine ilişkin maddelerde cezanın ağırlaştırılamayacağından anlaşılması lazım gelen sonuç cezadır.

Bu bağlamda hangi hükümdeki cezanın tayininin daha ağır olduğunu tespit bakımından 5237 sayılı TCK m. 7’den yararlanılması mümkündür.¹⁴⁶

Yasağın tespitinin sonuç ceza bakımından olduğu aşağıdaki Yargıtay kararında da şöyle ifade edilmiştir; “Öğretide “Lehe kanun yolu davası üzerine aleyhe değiştirmeme mecburiyeti” olarak da tanımlanan bu kural, sadece sonuç ceza bakımındandır. Sonradan verilen hükümde suçun niteliği değiştirilebilir. Zira yasa koyucu lehe kanun yolu davası üzerine sanığa suç niteliği yönünden yararlanma olanağı getirmemiştir. Bir suçtan dolayı ceza verilmişse ve temel cezada artırma ve eksiltme yapılmışsa, bu kural gereği olarak her iki kararda en son verilen cezalar karşılaştırılacak, yenisi eskisinden daha ağır olmayacak, ağırsa, eski sonuç ceza aynen verilecektir. Bununla birlikte, sadece sonuç cezaya bakılması gerekeceğinden, sonuca etkili olsa bile önceki hususlar bakımından karşılaştırma yapılamayacaktır. Aynı nedenden ötürü, yargıcın aşağı ve yukarı hadler arasında takdir yetkisini kullanmasındaki oran bakımından da bir karşılaştırma zorunluluğu söz konusu değildir.”¹⁴⁷

¹⁴⁵ S. Selçuk (1993). Kavramlar, adlandırmalar ve kararlar. *Yargıtay Dergisi* 19 (4), s. 404

¹⁴⁶ Erem (1967), s. 617.

¹⁴⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.04.2010 tarih ve 2010/8-72 Esas ve 2010/89 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 05.03.2013) Aynı doğrultuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 08.02.1950 tarih ve 1950/21 Esas ve 1950/ 1 Karar sayılı kararına göre; “Gerek umumi Ceza Kanununun ve gerek hususi Ceza Kanunları meyanında bulunan Milli Korunma

Erem'e göre cezanın ağırlaştırılması bakımından, ilk verilen hükümde, teşebbüs kabul edilen fiilin tamamlanmış suç kabul edilmesi, suçun basit halinin yerine ağırlaştırılmış halinin kabul edilmesi, ya da ilk hükümde gözetilmeyen teselsülün sonradan kabul edilerek buna göre ceza tayini mümkün değildir, bu noktada yasağın ihlali meydana gelecektir.¹⁴⁸ Biz bu düşünceye katılmıyoruz. Zira daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi yasak sonuç ceza bakımındandır, bu bağlamda hukuki niteliğinin değişmesi mümkün olduğu gibi, suçun ağırlaştırılmış halinin ortaya çıkması ya da teşebbüs halinde kaldığı yönünde hüküm verilen suçun aslında tamamlanmış suç olduğunun ortaya çıkması mümkündür. Yalnızca verilecek sonuç ceza bakımından önceki hükümle verilen ceza bakımından sınırlandırma söz konusudur. Bu doğrultuda Yargıtay kararları mevcuttur.¹⁴⁹

Kanununun bir maddesinin muhtelif fıkralarındaki cezalardan ağır ceza hükmünü ihtiva eden fıkranın asgari haddiyle mahkûmiyetine karar verilmiş olan sanığın aleyhine verilen hüküm temyiz etmesi üzerine hafif ceza hükmünü muhtevi fıkraya tevfikan ceza verilmesi hakkındaki kararına uyulduktan sonra Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326. maddesi sarahatı hükmünce, evvelce verilmiş hüküm ile tayin edilmiş olan cezadan ağır olmamak şartıyla bu fıkradaki cezanın azami haddiyle ceza verilmesi müktesep hakkın ihlali mahiyetinde" değildir.

¹⁴⁸ Erem (1967), s. 617.

¹⁴⁹ "1 - Anayasa'nın 112. maddesinin son fıkrasının verdiği yetkiye dayanılarak özel bir kanunla ve Tarım Bakanlığı'na bağlanan ve 440 sayılı Kanunla değiştirilen 3460 sayılı Kanun hükümlerine göre idare edilen ve sermayesinin tamamı devlet tarafından verilen ve memurları Devlet tarafından tayin edilen ve Devlet memurları gibi cezalandırılan ve devlet tarafından denetlenen ve malları ve her çeşit mevcutları aleyhine işlenen suçlar, devlet aleyhine karşı işlenmiş sayılan bir kurumun devlet dairesinden sayılması tabiidir. Esasen, menafii ammeye hadim bir müessesesi hayriyeye (kamu yararına hizmet eden yardımcı kuruluşlar) vaki dolandırıcılığı daha ağır yaptırım altına alan kanun koyucunun, sermayesinin tamamı devlete ait olup kamu görevi yapan kuruluşları madde kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez. Bu eksiklik Kamu İktisadi Teşekküllerinin, 1926 yılında tedvin edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan sonra kurulmuş olmalarından ileri gelmektedir. Bu itibarla; Türkiye Süt Endüstrisi Kurumu'nun, TCK. 503/2. maddesinde yazılı resmi dairelerden sayılacağını savunan itirazın kabulüne karar verilmelidir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 8.2.1950 tarih ve 1950/21 Esas ve 1950/1 Karar sayılı Tevhidi İçtihat Kararında, "aleyhine verilen hüküm temyiz etmesi üzerine hafif ceza hükmünü muhtevi fıkraya tevfikan ceza verilmesi hakkındaki bozma kararına uyulduktan sonra CMUK'nun 326 ncı maddesi sarahatı hükmünce evvelce verilmiş hükümle tayin edilen cezadan daha ağır olmamak şartı ile bu fıkradaki cezanın azami haddi ile ceza verilmesi müktesep hakkın ihlali mahiyetinde olmadığı" kararlaştırılmıştır. Halbuki bozmadan sonra yeniden kurulan hükümde, öncekinden farklı olarak şiddetlendirici sebebin kabul edilmesi sanığın durumunu ağırlaştıran bir haldir. Buna rağmen büyük kurul

Yasağın cezaya ilişkin olduğu, cezanın sonuçlarıyla yasağın ilgisinin olmadığı Yargıtay kararlarına da belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaya ilişkin olan TCK 53. madde ile ilgili olarak aşağıdaki gibi yansımıştır.

“Zimmet suçunda; infaz edilecek sonuç cezanın miktar ve nev'i bakımından olan bu kuralın verilecek yeni hükümde suçun başka türlü nitelendirilmesine engel oluşturmadığı, yasa koyucunun lehe kanun yolu davası üzerine sanığa suç niteliği yönünden kazanılmış hak olanağı tanımadığı, kazanılmış hak kavramıyla açıklanan aleyhe düzeltme yasağının cezanın (hükümün) sonuçlarıyla ilgisi olmayıp cezanın miktar ve nev'i ile sınırlı olduğu gözetilmeksizin kazanılmış hak kavramı hatalı olarak değerlendirilip, basit zimmet suçundan hüküm kurulması hukuka aykırıdır.

Sanığın sayman mutemedi alındı makbuzlarının birinci suretleri ile dip koçanlarını farklı düzenleyerek aradaki farkı maledinme şeklindeki eylemlerinde sahtecilik suçunun unsurlarının bulunup bulunmadığının karar yerinde tartışılması ve sahteciliğin varlığının kabulü halinde bu suçtan da mahkûmiyet hükmü kurularak sonucuna göre lehe kanunun belirlenmesi gerekir.

Suçun 5237 sayılı Yasanın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesine rağmen sanık hakkında aynı yasanın 53/5. maddesinin uygulanmaması hukuka aykırıdır.”¹⁵⁰

sözü edilen kararında; bu hali kazanılmış hakkın ihlali niteliğinde görmemiş ve kazanılmış hakkın yalnız cezanın nev'i ve miktarına hasredilmesi gerektiğini, bunun dışında sanık aleyhine vaki bozma üzerine önceki cezayı ağırlaştırmamak şartıyla gereken kanuni düzeltmelerin yapılabileceğini kabul etmiştir. Bu açıklamalar karşısında özel dairenin sanığı temyizi üzerine önceki hükümde tayin edilen cezanın miktarını aşmamak şartıyla sanık aleyhine yaptığı bozmanın yerinde olduğunun kabulü ve buna karşı vaki itirazın reddi gerekir. Ancak, özel dairenin Süt Endüstrisi Kurumu'nun resmi dairelerden sayılamayacağına ilişkin ve sanık lehine olan bozma kararı yukarıda da açıklandığı gibi Ceza Genel Kurulu'nca ortadan kaldırılmış olmasına göre artık TCK.nun 522. maddesi ile ilgili aleyhe bozmanın bir sonuç hasıl etmeyeceği anlaşıldığından bu hususun eleştirilmesi ile yetinilerek sair yönleri doğru olan hükmün onanmasına karar verilmelidir.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 08.02.1950 tarih ve 1950/21 Esas ve 1950/1 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 06.03.2013)

¹⁵⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 18.10.2011 tarih ve 2007/2033 Esas ve 2011/22054 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> TCK md. 53/5 (Erişim tarihi: 13.03.2013)TCK md. 53/5 Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın

1.3.2. Ceza miktarı

Yerel mahkeme tarafından verilen ilk hüküm hakkında yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulmuşsa, Yargıtay bozma kararı sonrasında verilecek hükümdeki sonuç ceza önceki hükümle belirlenen sonuç cezadan daha ağır olamayacaktır. Bu bağlamda, ceza ve sonuç ceza kavramlarına değinmemiz gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nda yaptırımlar başlığı altında cezalar ve güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Bu bağlamda yaptırım, ceza ve güvenlik tedbirlerini ifade eden, cezadan daha geniş bir kavramdır.

Ceza en yalın tanımıyla, suç karşılığında devlet tarafından uygulanan yaptırım olarak ifade edilmektedir.¹⁵¹

Hakeri¹⁵², cezanın altı karakteristik özelliğini aşağıdaki gibi sıralamıştır. Bunlar;

1-Ceza yerleşik davranış kurallarının ihlali nedeniyle uygulanır,

2-Ceza, zararlı veya en azından tatsız sonuçlar içerir.

3-Bu sonuçlar bir hüküm ile uygulanır.

4-Ceza otorite sahibi bir makam tarafından dayatılır.

5-Ancak insanlar tarafından uygulanabilir.

6-Ceza zarar veren kişilere- gerçekten zarar verici hareketi yapan veya en azından zarar verici hareketi yaptığı sanılan – uygulanır.

Cezaların konumuz açısından önem arz eden diğer bir kısmı ise türleri itibariyledir. Türk Ceza Kanunu m. 45'te “*Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

TCK m. 46'da da hapis cezalarının ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak ifade edildiğini görmekteyiz.

Hapis cezası türlerinden ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir.

yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konulan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

¹⁵¹ Centel ve Zafer (2005), s. 543.

¹⁵² H. Hakeri (2011). *Ceza hukuku genel hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 565.

Müebbet hapis cezası ise hükümlünün hapis cezası boyunca devam eden hapis cezası türüdür.

Sürelî hapis cezasında ikili bir ayırım yapılmış ve kısa sürelî- sürelî hapis cezası tanımlanmıştır. Bir yıl ve daha az sürelî hapis cezaları kısa sürelî hapis cezasını ifade ederken bir yıldan uzun olan hapis cezaları ise sürelî hapis cezalarını ifade etmektedir. Kısa sürelî - uzun sürelî hapis cezası ayırımı, kanunda kısa sürelî hapis cezalarına seçenek yaptırımların uygulanabilmesi imkânının tanınmasından kaynaklanmaktadır.¹⁵³

Aleyhe değıştirme yasağı açısından, “ceza” ile kastedilen hükmolunan yaptırımdır. Bu bağlamda bozma sonrasında fiile yapılan nitelendirme, suçun adı, suçun basit ya da nitelikli hali değışebilir. Cezanın arttırılmasını ya da indirilmesini gerektiren nedenler uygulanabilir. Ancak bozma kararı öncesi yerel mahkeme tarafından verilen önceki hükümle belirlenen sonuç ceza arttırılamaz. Bu bağlamda hâkim önceki hükümle sonraki hüküm arasında ceza miktarı açısından bir kıyaslama yapmalıdır.¹⁵⁴

Bozma kararı sonrasında sonuç ceza bakımından failin durumunu ağırlaştırmamak konusunda hâkimlere büyük görev düşmektedir.

Ancak burada önemle değinilmesi gereken konu yaptırım ve ceza kavramlarının dar yorumlanmaması gerektiğidir. Bu bağlamda sonuç ceza kavramına bütün lehe olan kanuni sonuçlar dâhil olmaktadır. Önceki hükümde yer alan cezanın varlığı, niteliğı, niceliğı, içeriğı ve sonuçları birarada değerdendirilmelidir.¹⁵⁵

¹⁵³ Hakeri (2011), s. 567. TCK madde 50’nin gerekçesinde kişilerin belli bir süre hapis cezasına mahkûm edilmesi halinde, cezanın uyarıcı fonksiyonun gerçekleşeceğini ve kişilerin pişmanlık duymasının sağlanabileceğini ifade etmiştir. “Belli bir süreyle hapis cezasına mahkûm olmak, cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayabilir. Kişi, gördüğü eğitim, yaşadığı sosyal çevre, psikik ve ahlakî eğilimleri itibarıyla tesadüfî suçlu özelliğı taşıyabilir. Bu kişilerin mahkûm oldukları cezanın infaz kurumunda çektilmesi toplum barışı açısından bir zorunluluk göstermeyebilir. Ayrıca, kısa sürelî hapis cezalarının infaz kurumunda çektilmesinin doğurduğu sakıncalar nedeniyle, kısa sürelî hapis cezasına mahkûm olan kişinin infaz kurumuna girmesini önleyecek seçenek yaptırımlara hükmedilmesi gerekebilir.

Hakkında seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, bu ceza infaz edilmeyecek ve kişi açısından bu cezaya mahkûmiyete bağli hukukî sonuçlar doğmayacaktır”.

¹⁵⁴ Selçuk (2012), s. 41.

¹⁵⁵ Selçuk (2012), s. 42.

1.3.3. Ceza türü

Ceza miktarı konusunda yaptığımız açıklamalarda ceza kavramına ve türlerine yer vermiştik. Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi TCK'da cezalar adli para cezası ve hapis cezası olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Hapis cezaları konusunda da, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası ayrımı yapılmıştır. Yine süreli hapis cezası ile ilgili olarak kısa süreli ve uzun süreli hapis cezası ayrımının yapıldığını görmekteyiz.

Bu bağlamda hükümde cezanın türünün belirtilmesi önem arz etmektedir. Cezanın türü açısından örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezası arasında fark bulunmaktadır. Hapis cezasının süresi erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, paraya çevirme gibi kurumlar açısından önem arz etmektedir.

TCK m. 50 gereğince kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu noktada kısa süreli hapis cezaları suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; adli para cezasına, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme ve tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, en az iki yıl süreyle bir meslek ya da sanat edinmek amacıyla bire eğitim kurumuna devam etmeye, belli yerlere gitmekten ya da belli etkinlikleri yapmaktan yoksunluğa, suçun belli hak ve yetkilerin kötüye kullanılması ya da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu gerçekleşmesi halinde belli süre ilgili ehliyet, ruhsat ya da belgelerin alınmasına ya da belli meslek ve sanattan yasaklanmaya ya da kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilebilir.

Ceza türü ile ilgili olarak hapis cezası ile adli para cezaları açısından kıyaslama yaptığımızda adli para cezaları hapis cezasına göre daha hafiftir. Adli para cezasına hükmedildikten sonra, yalnız sanık lehine yapılan kanun yolu başvurusu sonrasında yeniden verilecek hükümde verilen hapis cezası aleyhe değiştirme yasağına aykırılık teşkil eder.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Yüce (1967), s. 172.

1.3.4. Cezanın ertelenmesi

İlk hükümde verilen karar ertelenmişse¹⁵⁷ ve yalnız sanık lehine temyiz edilmişse, bozma kararı sonrasında verilen hükmün de ertelenmesi gerekir.¹⁵⁸ Erteleme, aleyhe değiştirme yasağı kapsamındadır.¹⁵⁹

Cezanın ertelenmesi kurumu, cezanın infazına ilişkin olmasına rağmen TCK madde 51’de düzenleme altına alınmıştır ve TCK madde 7/3 gereğince de hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrürle ilgili olanlar dışında infaz rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağı düzenlenmiştir.¹⁶⁰

Ertelemeye ilişkin olarak TCK m. 51/1’de aşağıdaki düzenleme yapılmıştır;

(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, ertleme kararının verilebilmesi için kişinin;

(a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

(b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

Erteleme ile ilgili olarak önceki kanun ve sonraki kanun açısından değerlendirme yapıldığında; sonradan yürürlüğe giren kanunun failin lehine ya da aleyhine sonuçlar doğurması mümkündür. Bu bağlamda gerek ertelemenin koşulları gerekse de ertlemenin sonuçları açısından bir değerlendirme yapmamız gerekmektedir.

Ertelemenin koşullarına baktığımızda 28.12.2004 tarihinde yürürlükten kaldırılan 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 6. maddesinde “*Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse...*” ifadesiyle hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan kimselerin cezasının

¹⁵⁷ Ceza hukukunda ertelemeye ilişkin üç çeşit kurum bulunmaktadır. Bunlarda birincisi kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/3), diğeri hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK 231) son olarak da mahkûmiyet kararı verildikten sonra uygulanan cezanın infazının ertelenmesidir ve ceza hukuku kurumudur. Diğer ikisi ise ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren kurumlardır. Zafer (2011), s. 479.

¹⁵⁸ Günay (2000), s. 62.

¹⁵⁹ Keskin (2001), s. 418.

¹⁶⁰ Zafer (2011), s. 479.

ertelenemeyeceği öngörülmüştü. Ancak 5237 sayılı TCK'da ertelemenin koşulları arasında üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm olmama koşulu bulunmaktadır.¹⁶¹ Bu bağlamda koşulları açısından yapılan değerlendirmede hürriyeti bağlayıcı cezanın da ertelenmesinin mümkün kılınması, yeni kanun lehe olduğunu göstermektedir.

Ancak ertelemenin sonuçları açısından değerlendirme yaptığımızda, 765 Sayılı Kanuna¹⁶² göre erteleme sonrasında kanunda öngörülen süre içinde yeni bir suç işlenmemesi halinde mahkûmiyet kararı hiç sonuç doğurmamış sayılıyorken, 5237 sayılı TCK¹⁶³ ile denetim süresinin yükümlülüklerle uygun geçirilmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılacağı öngörülmüştür.

Cezanın infaz edilmiş sayılması ile hukuki sonuç doğurmaması yani yok sayılması arasında 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK arasında farklılık bulunmaktadır. Sonraki kanunun hükmü infaz edilmiş sayarak failin aleyhine sonuç doğurduğunu görmekteyiz.¹⁶⁴

Ertelenen ceza elbetteki sanığın lehinedir. Önceki hükümle ertelenen ceza, bozma kararı sonrasında ertelenmemişse aleyhe değiştirme yasağının ihlali söz konusu olacaktır.

¹⁶¹ Selçuk (2012), s. 56.

¹⁶² 765 sayılı TCK md. 95: (1) Kabahat ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren bir sene içinde bir cürümden veya evvelki hükmün verildiği mahaldeki Asliye Mahkemesinin kazası dairesinde diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır bir cezaya, (2) Cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olmazsa, cezası tecil edilen mahkûmiyeti esasen mahkûm olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur.

¹⁶³ TCK 51/8 Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

¹⁶⁴ “765 sayılı TCK’ya göre verilip ertelenen ceza ile ilgili mahkûmiyet hükmü, sanık deneme süresi içinde suç işlemediği takdirde; 765 sayılı TCK’nın 95/11 ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun geçici 2/2 maddesi gereğince “esasen vaki olmamış” sayılacak ve arşiv kaydından silinmesine karar verilecektir. 5237 sayılı TCK’ya göre verilen ceza, sanık tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davrandığı takdirde infaz edilmeyecek, bu konudaki mahkûmiyet hükmü adli sicilden silinerek arşiv kaydına alınacak, ancak arşiv kaydı hükümlü ölmedikçe veya kayıt tarihinden itibaren 80 yıl geçmedikçe silinmeyecektir. Buna göre, 765 sayılı TCK’nın 404/2. maddesi ile 647 sayılı kanunun 4. ve 6. maddelerine göre yaovılan uygulama sanığın lehinedir.” Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 19.07.2006 tarih ve 2006/671 Esas ve 2006/9816 Karar sayılı kararı. Selçuk (2012), s. 57.

Ancak Yargıtay'ın yeni tarihli içtihatlarında ise ertelemenin kazanılmış hak olmadığı konusunda aşağıdaki gibi kararlarını görmekteyiz.

"Kasten yaralama suçunda; uyuşmazlık; hükümlü hakkında verilen ve temyiz edilmeksizin kesinleşen 30 günden az süreli, erteli hapis cezasından ibaret yerel mahkeme hükmüne karşı, "kısa süreli hapis cezasının ... seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiği" görüşüyle yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulması ve istemin Özel Daire tarafından kabul edilerek, hükümlü hakkındaki hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi halinde, ilk hükümde hükmedilen hapis cezasının ertelenmiş olması sebebiyle adli para cezasının da kazanılmış hak ilkesi kapsamında ertelenmesinin olanaklı olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

*Daha önce işlediği bir suç sebebiyle verilen ve kesinleşen 10 aylık erteli hapis cezasının esasen vaki olmamış sayılması sebebiyle herhangi bir sabıkası bulunmayan hükümlü hakkında yerel mahkemece hükmedilen 30 günden az hapis cezasının aynı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğuna uyulmaması isabetsiz olup, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin kabulüne karar verilerek hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırımlardan paraya dönüştürülmesine karar verilmiş olması yerinde bir uygulamadır. Ancak yerel mahkemenin kesinleşen hükmündeki bir hukuka aykırılığı bu şekilde gideren Özel Dairece, "yerel mahkeme erteleme kararında hükmünün uygulanmasının kazanılmış hak oluşturduğu" gerekçesiyle, yasal olanak bulunmamasına karşın hükmolunan adli para cezasının ertelenmesine karar verilmek suretiyle yeni bir hukuka aykırılık oluşturulmuştur. Bu uygulama yasa yararına bozma kurumunun amacına uymadığı gözetilmelidir."*¹⁶⁵

¹⁶⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.11.2010 tarih ve 2010/2-180 Esas ve 2010/233 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 09.04.2013) Ancak aynı Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında; çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi Doç. Dr. İbrahim Şahbaz; "Hükümlü hakkında önceden verilen ve kesinleşmiş özgürlüğü bağlayıcı ceza ertelenmiş ve temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Yasa yararına bozma istemi üzerine, yasanın amir hükmü gereğince TCK'nın 50/3. Maddesi gereğince tedbire çevrilmiştir.

Tedbir olarak hükmolunan adli para cezasının, önceki erteleme sebebiyle kazanılmış hak oluşturduğu için, hükmolunan bu adli para cezasının da ertelenmesi gerekirdi. Çünkü hükümlü bakımından hakkında sonuç olarak verilmiş ceza ertelendiğinden, ertelenmişlik durumu kazanılmış hak oluşturmuştur.

Erteleme ile ilgili olarak Yargıtay'ın ertelemeyi kazanılmış hak olarak değerlendirek aleyhe değiştirme yasağı kapsamında gördüğü ve yasak dışında tuttuğu kararlara rastlamakla birlikte, erteleme ile ilgili olarak aleyhe değiştirme yasağı kapsamında incelememiz gereken diğer bir husus ise erteleme kararı sonrası denetim süresi ile ilgilidir.

Yargıtay aşağıdaki kararında ertelemeyi aleyhe değiştirme yasağı kapsamında görmesine rağmen, denetim süresinin cezaya ilişkin olmadığına bu nedenle de aleyhe değiştirme yasağı kapsamında olmadığına karar vermiştir.

Kazanılmış hak hukuk devletinin en temel ilkelerinden biridir. Kazanılmış haktan geri adım atılabilmesi saddece hükümlünün hukuka aykırı davranışı söz konusu ise mümkün olabilir. Haktan yararlanan kimsenin kasti veya kusurlu hareketi söz konusu değilse, kazanılmış hakkı elinden alınamaz.

Diğer yandan, eğer özgürlüğü bağlayıcı cezadan dönüştürülen adli para cezası tekerrürde dikkate alınmayacak düşüncesinden hareketle, adli para cezası verelim ve bunu (kazanılmış hakka rağmen) ertelemeyelim dersek, o zaman ertelenmiş hükümlerin tamamının hükümlünün aleyhine olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Yani bu yaklaşımı kabul edecek olursak, erteli cezaların tamamının bu şekilde yasa yararına bozulmasını talep etmek zorunlu hale gelecektir.

Kaldı ki yasa yararına bozma istemi ertelemeye değil, özgürlüğü bağlayıcı cezanın süresi itibarıyla seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesiyle ilgilidir.

Ancak dokunulmaz olan kazanılmış hakka konu erteli ceza bakımından, ertelemenin hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir yasa yararına bozma istemi olmadığı halde kazanılmış hakka dokunularak, kesin hüküm dokunulmazlığı kuralına aykırılık oluşturacaktır.

Olağanüstü yasa yolu olan Yasa Yararına Bozma Kurumu ülke çapında yasaların doğru uygulanmasını ve kişilerin uğrayabilecekleri hak kayıplarının önlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak yasanın usulüne uygun olarak uygulanmasının sağlanması hiçbir zaman kazanılmış haklardan geriye gidişe olur vermez/vermemelidir. Yani kesin hükmün dokunulmazlığının istisnası hükümlü aleyhine olan hükmün düzeltilerek, varsa diğer hukuka aykırılığın giderilmesi, ancak her koşulda adaletin tesis edilmesidir.

Para cezaları bakımından erteleme mümkün değil ise de, kazanılmış hakdouran durumlarda önceki özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilen adli para cezasının ertelenmesine açıkça engel hal de yoktur. Çünkü yasalarda, kazanılmış haktan geriye gidişe sebebiyet verebilecek açık bir düzenleme olmadığına göre, erteleme kazanılmış hak oluşturur. Olağanüstü yasa yolunun kabul ediliş nedeni, olağandan farklı sonuçların doğabilmesine olur vermesidir. Ancak her halde kazanılmış hakkın korunması gerekir. Somut olayımızda, olağanüstü yasa yoluna gidilmeseydi, hükümlü aleyhine sonuç doğmamış olacaktı...” görüşüyle, çoğunluk görüşüne katılmayan diğer üç kurul üyesi de, benzer düşüncelerle itirazın reddinin gerektiği düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

“Aleyhe değiştirmeme yasağı, hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine C.Savcısı veya CMK'nun 291. maddesinde gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, önceki hükümle tayin edilmiş olan cezadan ağır olamaz şeklinde tanımlanmaktadır. Hapis cezasının ertelenmesi kurumu bir güvenlik tedbiri olmadığı gibi ceza da değildir. Bununla birlikte infaz hukukundan çok maddi hukuka ilişkin bir kurumdur. Bu nedenle aynen tekerrürde olduğu gibi hükümde yer alan hapis cezasının ertelenmesine ilişkin kısım aleyhe değiştirmeme yasağına konu teşkil eder. Buna karşılık ertelemenin yasal sonucu olarak hükmedilmesi gereken denetim süresine ilişkin hataların infaz aşamasında düzeltilmesi mümkün olduğundan bu husus aleyhe değiştirme yasağına konu oluşturmaz? Mahk miyetin yasal sonucu olması, kazanılmamış hakka konu olmaması ve infaz aşamasında da bu konuda karar alınması olanağı bulunması nedeniyle bu husus tek başına bozma nedeni olarak değerlendirilmemekte ve uygulamada yalnızca bu eksikliğe değinilmekle yetinilmektedir.”¹⁶⁶

1.3.5. Ertelenmiş cezanın aynen infazına karar verilmesi

Sanığın önceden ertelenmiş cezası bulunabilir. Hükümlünün erteleme sonrasında, denetim süresi içinde TCK madde 51/7'ye göre kasıtlı bir suç işlemesi ya da kendisine yüklenen y k ml l klere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen ya da tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.  nemli olan ertelemeden sonra işlenen suçun denetim süresi içinde işlenmiş olmasıdır. Mahkûmiyet kararının denetim süresinde verilmiş olması gerekmemektedir.¹⁶⁷

TCK m. 51/7'deki şartların gerçekleşmesi halinde, ertelenmiş önceki cezanın da aynen infazına karar verilmesi unutulmuş ya da kararda yer verilmemişse ve hüküm de sanık lehine temyiz edilmişse bozma sonrasında ertelenmiş cezanın infazına karar verilmesi aleyhe değiştirme yasağının ihlali anlamına gelmektedir.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.05.2010 tarih ve 2010/4-87 Esas ve 2010/112 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 09.04.2013)

¹⁶⁷ Zafer (2011), s. 485.

¹⁶⁸ G n y (2000), s. 62.

“Sanığın ertelenmiş cezasının TCK’nın 95. maddesi uyarınca infazına karar verilmemesindeki isabetsizlik temyiz isteminde bulunanın sıfatına göre bozma nedeni sayılmadığı, bu hususun sanık bakımından kazanılmış hak teşkil ettiği gözetilmeden, bozmadan sonra yeniden kurulan hükümde TCK’nın 95. maddesi uygulanmak suretiyle kazanılmış hakkın ihlal edilmesi, bozmayı gerektirir.” şeklinde ertelenmiş cezanın aynen infazıyla ilgili olarak Yargıtay içtihatlarını görmekteyiz.¹⁶⁹

1.3.6. Lehe bozma sonrasında cezanın alt sınırının dışına çıkılması

Önceki hükümle fiilin karşılığı olarak belirlenen ceza, gerekçe gösterilmek suretiyle alt sınırdan takdir edilmiş olabilir. TCK’nın 61. maddesi gereğince temel ceza alt sınırdan belirlenmiş olabilir. Temel ceza belirlenirken alt sınırdan belirlenmişse ve bu hüküm sanık, sanık müdafii, sanığın yasal temsilcisi ya da eşi tarafından ya da Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine temyiz edilmişse, hükmün Yargıtay tarafından bozulması sonrasında, yeni kurulacak hüküm cezanın alt sınırını aşacak biçimde belirlenmemelidir.¹⁷⁰

“Lehe bozma sonrasında cezanın alt sınırının aşılmasına ilişkin Yargıtay’ın verdiği karar şöyledir; *“Bozmadan önce sanığın eyleminde herhangi bir tespit sebebi gösterilmeden uygulanan yasa maddesinin alt sınırı ile ceza tayin edildiği ve sanık yararına vaki bozmadan sonra yapılan bozmadan sonra yapılan duruşma sırasında cezanın teşdiden uygulanmasını gerektirecek bir durum da olmadığı halde, yeterli ve yasal gerekçe gösterilmeden mücerret takdire dayanılarak ve kazanılmış hak da ihlal edilerek alt sınırın üzerinde ceza tayini, bozmayı gerektirir.”*

1.3.7. Cezada tekerrür uygulaması

Tekerrür bir kez suç işlenip kesinleşmiş mahkûmiyet kararı sonrasında, yeniden suç işlenmesi halidir. Tekerrür sonucunda benimsenen sistem doğrultusunda, failin

¹⁶⁹ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 01.10.1985 tarih ve 1985/6989 Esas ve 1985/7376 Karar sayılı kararı. Günay (2000), s. 63.

¹⁷⁰ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 01.03.1984 tarih ve 1984/1502 Esas ve 1984/2250 Karar sayılı kararı. Günay (2000), s. 63.

cezası tekkerrür nedeniyle arttırılabileceği gibi mükerrirlere özgü infaz rejimine tabi tutulabilir ya da infazdan sonra da tedbire tutulmasına karar verilebilir.¹⁷¹

Tekkerrürün çeşitli türleri bulunmaktadır. Türk hukukunda genel, varsayılan, süreli ve ulusal tekerrür kabul edilmiştir.¹⁷²

Tekkerrür TCK m. 58'de düzenleme altına alınmıştır.

5237 sayılı TCK ile tekerrür halinde cezada arttırım yapılması yoluna gidilmemiş, cezanın infaz şeklinin mükerrirlere özgü infaz rejimi olmasına karar verilmiştir. Böylece failin topluma kazandırılması amaçlanmıştır.¹⁷³

765 sayılı TCK döneminde mükerrirlere özgü infaz rejimi yerine, tekerrür halinde cezanın arttırılması sistemi benimsenmişti. Bu durum 765 sayılı TCK m. 81'de *“Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkûmiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlerse yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar arttırılır.”* düzenlemesiyle ifade edilmiştir.

765 sayılı TCK döneminde tekerrür sebebiyle cezanın arttırılması öngörüldüğü için hüküm kurulurken tekerrür sebebiyle cezanın arttırılması unutulmuşsa, hükmün yalnızca sanık lehine temyiz edilmesi halinde sonradan verilecek kararda aleyhe

¹⁷¹ Centel vd. (2005), s. 615.

¹⁷² Centel ve Zafer (2005), s. 618, 619; Zafer (2011), s. 549 vd. Tekerrürün, gerçek-varsayılan, süreli-süresiz, ulusal-uluslararası ve genel-özel tekerrür olmak üzere türleri bulunmaktadır.

Mahkûm olunan cezanın infaz edilmiş olup olmamasına göre yapılan ayırım gerçek-varsayılan tekerrür ayırımıdır. Gerçek tekerrürde mahkûmiyet hükmünün infaz edilmiş olması aranırken, varsayılan tekerrürde önceki mahkûmiyetin infazı aranmamaktadır.

Süreli-süresiz tekerrür ayırımında ise, ikinci suç ilk mahkûmiyet hükmünden sonra belli bir zaman dilimi içinde işlenmiş olması şartını aranıyorsa süreli tekerrür sistemi, ikinci suçun işlenmesiyle ilgili olarak belli bir süre aranmıyorsa süresiz tekerrür sistemi söz konusudur.

Ulusal- uluslararası tekerrür ayırımında ise mahkûmiyet kararının ulusal bir mahkeme tarafından verilmesi öngörülmüşse ulusal tekerrür, yabancı mahkeme kararlarının da tekerrüre esas alınması benimsenmişse uluslararası tekerrür söz konusudur.

Genel-özel tekerrür ayırımında ise ilk mahkûmiyet kararının konusu olan suç ile sonraki mahkûmiyetin konusu olan suçun aynı türden olmasının aranıp aranmamasına göre yapılan ayırımdır. Genel tekerrürde önceki suç ile sonradan işlenen suçun aynı türden olması aranmaz. Özel tekerrürde ise önceki suç ile sonraki suçun aynı türden olması aranmaktadır.

¹⁷³ V. Ö. Özbek vd. (2005). *Yeni türk ceza kanunun anlamı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 555.

değiştirme yasağı gereğince tekerrür nedeniyle cezanın arttırılması mümkün olamamaktaydı.¹⁷⁴

Bu bağlamda 765 sayılı TCK döneminde verilen Yargıtay kararında “İlk hüküm sanığın temyizi üzerinde bozulmuş ve bozmadan önce sanık hakkında TCY’nin 81/2. Maddesi uygulanmamış bulunmasına göre, bozmadan sonra sözü geçen madde hükmünün uygulanması suretiyle kazanılmış hakkın ihlal edilmesi bozmayı gerektirir.”¹⁷⁵

Tekerrür bir maddi ceza hukuku kurumu olduğu için Yargıtay tekerrürle ilgili değişikliklerin lehe-aleyhe olup olmadığı değerlendirmesini yapmıştır.¹⁷⁶

Tekerrürü cezada arttırım nedeni değilde infaz rejiminde değişiklik öngören 5237 sayılı TCK döneminde verilen Yargıtay kararlarında da tekerrüre ilişkin olarak aleyhe değiştirme yasağı gözetilmiştir.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Günay (2000), s. 63.

¹⁷⁵ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 16.04.1985 tarih ve 1985/3273 Esas ve 1985/4205 Karar sayılı kararı. Günay (2000), 63. Aynı yönde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 06.03.2012 tarih ve 2011/13-384 Esas ve 2012/82 Karar sayılı kararı. “ Hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında uyumsuzluk; 5237 Sayılı T.C.K.nun 58/6 ncı maddesi uyarınca sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilirken, tekerrüre esas alınan ilamın kararda gösterilmesinin zorunlu olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmediği durumda, aleyhe değiştiremem ilkesinin gözetilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Adli sicil kaydında tekerrüre esas hükümlülüğü bulunan sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünde 5237 Sayılı Kanunun 58. maddesinin 6 ve 7 nci fıkralarının uygulanmasına karar verilmemiş olması ve aleyhe yönelen temyiz de bulunmaması halinde lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı uyarınca, hükmün tekerrür hükümlerinin uygulanmaması isabetsizliğinden bozulması olanaklı değildir. Adli sicil kaydında yer alan ilamlar denetime olanak verecek biçimde getirtilmeden ve hangi ilamın tekerrüre esas alındığı kararda gösterilmeden T.C.K.nun 58. maddesi uyarınca sanığa hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve 2. defa tekerrür hükümleri uygulandığından sanığın koşullu salıverilme hükümlerinden yararlandırılmamasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 27.04.2013)

¹⁷⁶ Selçuk (2012), s. 55.

¹⁷⁷“Hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında uyumsuzluk; 5237 Sayılı T.C.K.nun 58/6 ncı maddesi uyarınca sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilirken, tekerrüre esas alınan ilamın kararda gösterilmesinin zorunlu olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmediği durumda, aleyhe değiştiremem ilkesinin gözetilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Adli sicil kaydında tekerrüre esas hükümlülüğü bulunan sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünde 5237 Sayılı Kanunun 58. maddesinin 6 ve 7 nci fıkralarının

1.3.8. Lehe bozma öncesi kararda yer alan hafifletici sebebin sonraki kararda yer almaması

Yerel mahkemenin ilk verdiği kararında sanık lehine kabul edilmiş hafifletici neden lehe temyiz üzerine bozma sonrasında da uygulanmalıdır. Bozma sonrasında hafifletici nedenin¹⁷⁸ uygulanmaması aleyhe değiştirme yasağının ihlali anlamına gelecektir.¹⁷⁹

“... Bozmadan önce TCK’nin 59. maddesi uygulandığı halde, bozmadan sonra uygulanmaması sonuç ceza miktarına göre kazanılmış hak ihlali sayılamayacağından... hüküm onanmasına karar verilmiştir.

Bu karara karşı itiraz yoluna başvuran Cumhuriyet Başsavcılığınca; TCK’nin 522. maddesi fiile bağlı artırım ve indirim sebebi olduğu halde, TCK’nin 59. maddesi şahsa bağlı indirim sebebidir.

Yerel mahkemenin önceki kararında TCK’nin 59. maddesi uygulandığı halde, bozmadan sonraki kararında uygulanmaması, sanık lehine kazanılmış hakkın ihlali sayılacağından, Özel Daire onama kararının kaldırılarak, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi talep olunmuştur.

uygulanmasına karar verilmemiş olması ve aleyhe yönelen temyiz de bulunmaması halinde lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı uyarınca, hükmün tekerrür hükümlerinin uygulanmaması isabetsizliğinden bozulması olanaklı değildir. Adli sicil kaydında yer alan ilamlar denetime olanak verecek biçimde getirilmeden ve hangi ilamın tekerrüre esas alındığı kararda gösterilmeden T.C.K.nun 58. maddesi uyarınca sanığa hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve 2. defa tekerrür hükümleri uygulandığından sanığın koşullu salıverilme hükümlerinden yararlandırılmamasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.03.2012 tarih ve 2011/13-384 Esas ve 2012/82 Karar sayılı kararı.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 11.04.2013)

¹⁷⁸ Suça etki eden nedenler daha ağır ceza verilmesini ya da daha hafif ceza verilmesini sağlayan yani suçun basit haline göre cezanın değişmesini sağlayan nedenler olarak tanımlanabilir. Cezadaki değişiklik niteliksel ya da niceliksel olabilir. Suça etki eden nedenlerin cezaya olan etkisi bakımından ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler; nitelikleri bakımından objektif (fiili) ve sübjektif (kişisel) nedenler; kanundaki yerleri bakımından da genel ve özel nedenler, emredici ve takdiri olmalarına göre de kanuni ve takdiri nedenler olarak sınıflandırılabilir. Toroslu (2005), s. 166-167; Zafer (2011), s. 434 vd.

¹⁷⁹ Günay (2000), s. 64.

Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 06.02.1984 gün ve 253/83 sayılı kararında da açıklandığı üzere ilk karar ile sanık lehine kabul edilen hafifletici sebebin, bozmadan sonraki kararda gerekçe gösterilmeksizin uygulanmaması usul ve yasaya aykırı bulunduğundan, Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının bu değişik gerekçe ile kabulüne karar verilmelidir.”¹⁸⁰

1.3.9. Ağırlatıcı sebebin bozmadan sonraki hükümde uygulanması

Yukarıda belirttiğimiz gibi cezanın, suçun basit şekline göre arttırılmasını ya da azaltılmasını gerektiren sebepler cezaya etki eden nedenler arasındadır.

Yerel mahkemenin önceki hükmünde uygulanmayan ağırlatıcı sebebin sonraki hükümde uygulanması sanık açısından aleyhe değiştirme yasağının ihlali sonucunu doğuracaktır. Hatta ceza miktarının önceki hükümdeki ceza miktarından daha az olması halinde de yasağın ihlali meydana gelmiş olacaktır.¹⁸¹

¹⁸⁰ Günay (2000), s. 64 vd. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 01.06.1987 tarih ve 1987/8-174 Esas ve 1987/331 Karar sayılı kararı, Günay (2000), s. 64.

¹⁸¹ Günay (2000), s. 65 vd. “ Burada yeniden verilen hükmün önceki hükümle belli edilen cezadan daha ağır olamayacağı kabul edildiğine göre “hüküm” sözünü sadece kapsadığı ceza miktarı yönünden değil, ilk hükümdeki uygulamalar yönünden dahi düşünerek geniş anlamak gerekir. Hüküm sözünün bu bakımdan kanun maddelerini ve fıkralarını da içine alacağında şüphe yoktur. Nitekim, ilk hükümde TCK’nın 457/1. maddesi uygulanmamış iken birinci bozmadan sonraki hükümde bu maddeye yer verilmiştir. İlk hükümde suçta kullanılan ve ucunda demir bulunan aletin delici vasfı üzerinde durulmayarak sadece TCK’nın 456/1 ve 59. maddelerinin uygulanmış olması, 457/1. madde yönünden yanılma olduğu görülmektedir.

.... Direnme kararında dayandırılan ve son hükümde ceza miktarının azlığına ilişkin bulunan durum ilk hüküm sırasındaki iş ve güçten kalma süresi 11gün iken Adli Tıp Raporu ile bunun 7 güne indirilmesinden ileri gelmiştir. Yani 456/1 yerine 456/4’ün uygulanması suç vasfında husule gelen lehteki değişiklikten doğmuştur. Bu değişiklik esasen sanığın hakkını teslim etmiştir. Rapordan dolayısıyla kanundan doğan bir hakkın başka yollarla mahkemece kısıtlanması sonucunu doğuracak şekilde görüş değiştirilerek olaya delici bir cisimle işlenen suç vasfı verilip 457/1. maddenin uygulanması bu yönden sanık aleyhine bir durum ortaya çıkarmıştır. İkinci hükümde de 457/1. madde uygulanmasaydı sanık daha az ceza görecekti. Kendisi için kazanılmış bu hakka dokunulması CMUK’un 326.maddesinin amacına uygun düşmemektedir. Bu itibarla sanığın temyiz itirazı yerinde görüldüğünden direnme hükmünün bozulması gerekir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.03.1971 tarih ve 1971/4-69 Esas ve 1971/84 Karar sayılı kararı.

1.3.10. Görev yönünden bozma

Görev yönünden bozmada, sulh ceza mahkemesi tarafından ya da asliye ceza mahkemesi tarafından verilen kararın, yalnızca sanık lehine temyiz edilmesi halinde Yargıtay bozma kararı sonrası görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi ya da ağır ceza mahkemesi olduğuna karar verilmesi halinde, ilk hükümde verilen cezadan daha fazla bir ceza verilmesi aleyhe değiştirme yasağı nedeniyle mümkün olmayacaktır.¹⁸²

Yargıtay 4. Ceza Dairesi görev yönünden aleyhe değiştirme yasağına ilişkin kararında, *“Görevsizlik kararından önce sulh ceza mahkemesince verilmiş olan karar yalnız sanık tarafından temyiz edilmiş olduğu cihetle bu kararda yazılı cezanın CMUK 326/2. maddesine göre kazanılmış hak teşkil ettiği gözetilmeden sanığın daha ağır ceza ile mahkûm edilmesi, yasaya aykırıdır.”*¹⁸³

Daire kararında görevsizlik kararından sonra daha ağır ceza verilmesinin aleyhe değiştirme yasağına aykırılık teşkil edeceği yönünde karar verilmiştir. Daire kararının paralelinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına da rastlamaktayız.

*“Sanığın eylemi resmi evrakta sahtecilik suçunu teşkil edip, TCK’nın 342. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Bu itibarla görev ciheti nazara alınmadan hüküm tesisi usule ve yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, direnme hükmünün ceza miktarı bakımından kazanılmış hak saklı tutulmak üzere bozulmasına karar verilmelidir.”*¹⁸⁴

Kazanılmış hak düşüncesinden hareketle, görev yönünden bozma yapıp yapılamayacağı hususunda Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 18.04.1946 tarih ve 3902 numaralı kararı ile 7.12.1949 tarih ve 15089 numaralı kararları arasında bulunan uyumsuzluk nedeniyle ve uyumsuzluğun giderilmesi amacıyla İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu toplanmış ve aşağıdaki içtihadı birleştirme kararını vermiştir.¹⁸⁵

¹⁸² Günay (2000), s. 68.

¹⁸³ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 29.11.1973 tarih ve 1973/6423 Esas ve 1973/9478 Karar sayılı kararı. Günay (2000), s. 68.

¹⁸⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.02.1972 tarih ve 1972/6-472 Esas ve 1972/113 Karar sayılı kararı. Günay (2000), s. 69.

¹⁸⁵ N. Kunter (1951). Aleyhte düzeltme yasağı ve vazife cihetinden bozma. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 17(1-2), s. 436 vd.

“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 308. maddesinde mutlaka muhalefet sayılan haller meyanında mahkemenin kanuna muhalif olarak davaya bakmağa kendisini vazifeli görmesi hali de mevcut olmasına nazaran görev dışında verilen bir hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi halinde dahi, mezkur usul kanununun 326. maddesi ile kabul edilen esas dairesinde müktesep hakka halel gelmemek üzere her halde hükmün bozulması icap ettiğine 15.2.1950 gününde oy çokluğu ile karar verildi.”¹⁸⁶

Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında, kazanılmış hakkın ihlal edilmemesi şartıyla hükmün mutlaka bozulması ve görevli mahkemeye gönderilmesi yönünde karar vermiştir.

Kunter adı geçen içtihadı birleştirme kararını şu şekilde yorumlamıştır; “Sanığın lehine temyiz olunan hüküm, müktesep hakka halel gelmemek üzere, her halde bozulmalıdır. Bozmadan sonra ne yapılacağı açıkça gösterilmemiş ise de 326. maddenin tatbikinden bahsolunduğuna göre vazifeli mahkemeye gönderileceği ve yeniden muhakeme sonunda yeniden karar verileceği anlaşılmaktadır.”¹⁸⁷

Yalnızca sanık lehine temyiz neticesinde, ceza miktarı yönünden aleyhe değiştirme yasağı söz konusu olsa da suç vasfı yönünden aleyhe değiştirme yasağı söz konusu olmayacaktır. 765 sayılı TCK döneminde sarkıntılıktan altı ay hapis cezasına mahkûm edilen sanığın kararı temyiz etmesi üzerine filin ırza tasaddi olarak nitelendirilmesi durumunda görevsizlik nedeniyle dosya asliye ceza mahkemesine gönderilse de ceza önceki ceza miktarı olan altı ayı aşamayacaktır.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 15.02.1950 tarih ve 1950/21 Esas ve 950/1 A. K. Karar sayılı kararı. Kunter (1951), s. 436 vd.

¹⁸⁷ Kararı bu şekilde yorumlayan Kunter, gerekçeleri de şöyle sıralamıştır: “

- 1) Mahkemenin vazifesiz olması kanuna mutlaka muhalefet hallerindendir ve bu hallerde bozma zaruridir.
- 2) Yargıtay vazifesizlik sebebiyle hükmü bozunca vazifeli mahkemeyi tayin ederve işi ona gönderir.
- 3) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun 326. maddesinin koyduğu aleyhte düzeltme yasağı hükümleri mahfuzdur. Kararda müktesep hakka halel gelmemek üzere denilmiştir.”

Kunter (1951), s. 439, 440.

¹⁸⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 21.01.1998 tarih ve 1998/4599 Esas ve 1998/56 Karar sayılı kararı. Günay (2000), s. 69.

1.4. Aleyhe Değiştirme Yasağı Kapsamında Değerlendirilmeyen Hususlar

1.4.1. Hukuki nitelendirme (Suç vasfı)

Sadece sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, bozma kararı sonrasında sanığa uygulanacak ceza miktarı ve türü bakımından geçerli olan aleyhe değiştirme yasağı suçun hukuki niteliği açısından geçerli değildir.¹⁸⁹ Yani fiilin hukuki nitelendirmesinin yasağın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu bağlamda aleyhe değiştirme yasağı nedeniyle, cezanın ağırlaştırılamayacağı öngörüldüğünden bozma sonrası uygulanacak olan yaptırım ve niteliği bakımından sınırlandırma getirilmiştir.¹⁹⁰

Suçun hukuki niteliğinin değişmesi farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir. Sanık lehine kanun yoluna başvurulmadan önce ihlal edildiği düşünülen kanun maddesinden başka bir maddenin ihlal edildiği biçimde karşımıza çıkabileceği gibi, suçun maddi ya da manevi unsurlarından birinin değişmesi şeklinde de meydana gelmesi mümkündür. Bozma öncesi taksirle işlendiğinden hareketle hüküm kurulduktan sonra, bozma kararı sonrasında fiilin kasten işlendiği ortaya çıkabilir. Bir başka durumda fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmişken yerel mahkemenin ikinci kararında yağma ya da dolandırıcılık olarak nitelendirildiğini görebiliriz.¹⁹¹

Yargıtay'ın sonuç ceza bakımından ve cezanın türü açısından kazanılmış hakkı koruyarak, suçun niteliğinin belirlenmesinde hata yapıldığını tespit edip bozma yoluna gittiğini görmekteyiz. Bu konuda verdiği karar şöyledir: "Temyiz incelemesi yapılan hükümde, suç vasfında bir isabetsizlik saptandığı takdirde, aleyhe temyiz olmasa bile bu husus bozma nedeni yapılacaktır. Suç vasfında kazanılmış hak olamaz. Ancak bu halde cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak ilkesi gündeme gelecektir. Aksi kabul, hukuk kurallarının Türkiye genelinde farklı uygulanmasına yol açar."¹⁹²

¹⁸⁹ Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 329; Keskin (2001), s. 411; Centel ve Zafer (2008), s. 699; Kunter vd. (2010), s. 1665.

¹⁹⁰ Mahmutoğlu (2011), s. 534.

¹⁹¹ Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 329; Özbek vd. (2012), s. 669.

¹⁹² Centel ve Zafer (2008), s. 699; "... kavramları bu şekilde tanımladıktan sonra özetleyecek olursak, aleyhe bozmama zorunluluğu, hükmün temyiz incelemesine başlarken, bakış açısını belirleyen bir usul kuralıdır. Ceza miktarı yönünden kazanılmış hak ise, lehe bozmadan sonraki aşamada ceza miktarının sınırını belirleyen bir yargılama yasası ilkesidir. İkiside, aynı amaca yönelik birbirine yakın ve aynı

Suçun hukuki niteliği ile ilgili olarak, 765 sayılı TCK zamanında ırza tasaddi suçundan dava açılmış olmasına rağmen mahkeme sarkıntılıktan hukuki nitelendirme yaparak ceza vermiş ve hüküm de yalnızca sanık müdafii tarafından temyiz edilmiş Yargıtay da fiili ırza tasaddi olarak kabul ettiği halde yalnızca sanık lehine temyiz edildiğinden bozma nedeni yapmamıştır. Ancak Ceza Genel Kurulu suç vasfında kazanılmış hak olmayacağı gerekçesiyle kararı bozmuştur.¹⁹³

hukuki görüşten kaynaklanan, ancak değişik hukuki yapıları olan, uygulama aşamaları farklı usul kurumlarıdır.

O halde, hüküm sanık tarafından veya C. Savcısı ya da ilgililer tarafından sanığın lehine temyiz edilmişse, suç vasfından hatalı bir uygulama saptandığında bozma kararı mı vermek gerekir. Yoksa bu hususun eleştirilmesi ile mi yetinilecektir.

Yargıtay'ın görevi, yasaların Türkiye genelinde hukuka uygun olarak uygulanıp, uygulanmadığını denetlemek, içtihatları ile ülke içerisinde yasaların ve hukuk kurallarının uygulanmasındaki birliği sağlamaktır. Bu itibarla temyiz incelemesi yapılan hükümde, suç vasfında bir isabetsizlik saptadığı takdirde, aleyhe temyiz olmasa bile bu hususu bozma nedeni yapacaktır. Ancak bu halde, cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak ilkesi uygulanmasına yol açar ki, bu da Yargıtay'ın kuruluş amacına ve eşitlik ilkesine uygun sayılamaz. Zira, aynı veya benzer eylem nedeniyle değişik mahkemelerde iki sanığın yargılandığını, bunlardan birisine TCY'nın 202 nci maddesi uyarınca zimmet suçundan diğerine ise hatalı kabul ile TCY'nın 240 ncı maddesi uyarınca görevi kötüye kullanmak suçlarından mahkumiyet kararları verildiğini ve her iki kararında sanıklar lehine temyiz edildiğini düşünelim. Bu durumda, Yargıtay zimmet suçundan kurulan hüküm yasaya uygun bulunduğu onama kararı verecektir. Görevi kötüye kullanmak suçundan kurulan hükmün yasaya aykırı olduğunu gören Yargıtay ne yapacaktır. Tabi ki, suç vasfı yanlış belirlendiği için fiilin zimmet suçunu oluşturduğunu vurgulayarak ve cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak ilkesine uyulması gerektiğini belirterek, hükmün bozulmasına karar verecektir. Zira Yargıtay'ın görevi ülke içinde yasaların uygulanmasında birliği sağlamaktır. Esasen aksine kabul, aynı fiili işleyenlerden, zimmet suçundan mahkûm edilenin (Ceza zamanaşımı, memuriyetten yoksun bırakılma, seçilme hakkının kaybı, olası bir af yasası karşısında değişik durumlarla karşılaşması...) gibi sonuçlara uğramasına yol açarken, suç vasfının yanlış belirlenmesi nedeniyle görevi kötüye kullanmak suçundan mahkûm edilenin yukarıda açıklanan sonuçlarla 'karşılaşmamasına yol açar ki, bu durum eşitlik ilkesine de hak ve adalet duygusuna da uygun değildir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.09.1992 tarih ve 1992/5-190 Esas ve 1992/237 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 13.03.2013)

¹⁹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.11.1992 tarih ve 1992/3296 Esas ve 1992/ 314 Karar sayılı kararı. Günay (2000), s. 69 vd. Yine bu yönde başka bir Yargıtay kararının son bölümünde; "... O halde, hüküm sanık tarafından sanığın lehine temyiz edilmişse, suç vasfında hatalı bir uygulama saptandığında bozma kararı mı vermek gerekir. Yoksa bu hususun eleştirisi ile mi yetinilecektir.

Aleyhe değiştirme yasağı bağlamında ceza türü ve miktarı yönünden önceki hükme göre daha ağır cezayı içeren bir durum yaratılmamak kaydıyla suçun hukuki niteliğinin değişmesi mümkündür.

1.4.2. Maddi hatalar

Yargıtay’ın temyiz makamı olarak görevi kural olarak, hukuki sorunun üzümünde, karar sırasında ya da sonradan hukuka aykırılık olup olmamasına göre kararı bozmak ya da bozmamaktır. Bu bağlamda Yargıtay’ın asıl davanın esasına karar vermesi yani ilk derece mahkemesinin kararını ortadan kaldırdıktan sonra yerine yeni bir karar vermesi teknik ifadesiyle “ıslah etmesi” istisnadır ve bu durumun gerçekleşmesinin iki ana koşulu bulunmaktadır. Bunlar; maddi sorunun aydınlanması için bir soruştırma yani öğrenme yargılamasına ihtiyaç duyulmamalıdır. Maddi sorun bakımından mahkemeye bırakılmış serbest değerlendirme yetkisi bulunmamalıdır.¹⁹⁴

Islah ile ilgili olarak en çok önem arz eden kısım, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin gerekip gerekmediği noktasıdır. İlk derece mahkemesi, ıslah kararına uymak zorundadır. Başka bir yargılama makamı olan ilk derece

Yargıtay’ın görevi; yasaların Türkiye genelinde hukuka uygun olarak uygulanıp, uygulanmadığını denetlemek, içtihatları ile ülke içinde yasaların ve hukuk kurallarının uygulanmasındaki birliği sağlamaktır. Bu itibarla temyiz incelemesi yapılan hükümde, suç vasfında bir isabetsizlik saptadığı takdirde, aleyhe temyiz olmasa bile bu hususu bozma nedeni yapacaktır. Ancak, bu halde cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak ilkesi gündeme gelecektir. Aksine hukuk kurallarının Türkiye genelinde farklı uygulanmasına yol açar ki, bu da Yargıtay’ın kuruluş amacına ve eşitlik ilkesine uygun sayılamaz. Zira, aynı veya benzer eylem nedeniyle değişik mahkemelerde iki sanığın yargılandığını, diğerinde ise hatalı kabul ile TCY’nin 240. maddesi uyarınca görevi kötüye kullanmak suçlarından mahkumiyet kararları verildiğini ve her iki kararın da sanıklar lehine temyiz edildiğini düşünelim. Bu durumda Yargıtay zimmet suçundan kurulan hükmü yasaya uygun bulunduğundan onama kararı verecektir. Görevi kötüye kullanma suçunda kurulan hükmün yasaya aykırı olduğunu gören Yargıtay ne yapacaktır. Tabi ki suç vasfı yanlış belirlendiği için fiilin zimmet suçunu oluşturduğunu vurgulayarak ve cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hak kuralına uyulması gerektiğini, belirterek, hükmün bozulmasına karar verecektir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.09.1992 tarih ve 1992/5 Esas ve 1992/190-237 Karar sayılı kararı. G n y (2000), s. 70.

¹⁹⁴ Kunter vd. (2010), s. 1765, 1766.

mahkemesinin gerçekleştirdiği işlemdeki aykırılığı gideren muhakeme sujesi, kararında islahat bahsetmeli, islah ettim gibi ifadeler kullanmalıdır.¹⁹⁵

Hükme esas olarak tespit edilen olaylara uygulanmasında hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuşsa CMK m. 303/1¹⁹⁶ gereğince Yargıtay davanın esasına hükmedebileceği gibi, hükümde yer alan hukuka aykırılığı düzeltmesi de mümkündür. Bu durumda hüküm önce bozulur ardından da düzeltilerek yeniden kurulur.

Maddi hatalara ilişkin olarak Yargıtay aşağıdaki kararda şöyle şöyle bir saptama yapmıştır; *“Bilindiği üzere "kazanılmış hak-aleyhe bozma yasağı" sadece ve yalnız sanık yararına tanınan ve hüküm kurulurken bir hukuki kaidenin hatalı ve yanlış uygulanması veya uygulanmamış olması sonucu ceza cins ve süresi itibarıyla sanık lehine sonuç doğuran işlemlerin, aleyhe temyiz olmadığı durumlarda, sanık zararına değiştirilemeyeceğine ilişkindir. Bu işlemlerde sanık lehine olunan sonuç, hatalı veya eksik bir uygulamaya dayanmaktadır. Ancak bu hataya ilişkin Cumhuriyet Savcısının,*

¹⁹⁵ Kunter vd. (2010), s. 1766.

¹⁹⁶ (1) Hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasında hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuş ise, aşağıdaki hâllerde Yargıtay davanın esasına hükmedebileceği gibi hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir:

- a) Olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate veya davanın düşmesine ya da alt ve üst sınırı olmayan sabit bir cezaya hükmolunması gerekirse.
- b) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddiasına uygun olarak sanığa kanunda yazılı cezanın en alt derecesini uygulamayı uygun görürse.
- c) Mahkemece sabit görülen suçun unsurları, niteliği ve cezası hükümde doğru gösterilmiş olduğu hâlde sadece kanunun Madde numarası yanlış yazılmış ise.
- d) Hükümden sonra yürürlüğe giren kanun, suçun cezasını azaltmış ve mahkemece sanığa verilecek cezanın belirlenmesinde artırma sebebi kabul edilmemiş veya yeni bir kanun ile fiil suç olmaktan çıkarılmış ise birinci hâlde daha az bir cezanın hükmolunması ve ikinci hâlde hiç ceza hükmolunmaması gerekirse.
- e) Sanığın açıkça saptanmış olan doğum ve suç tarihlerine göre verilecek cezanın belirlenmesinde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış indirim yapılmış ise.
- f) Artırma veya indirim sonucunda verilecek ceza süresi veya miktarının belirlenmesinde maddî hata yapılmış ise.
- g) Türk Ceza Kanununun 61 inci Maddesindeki sıralamanın gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş ise.
- h) Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanununa göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık mevcutsa.

müdahil veya şahsi davacının aleyhe temyizi yoktur. Hata benimsenmiştir. Temyiz, ya sadece sanıkça yapılmıştır veya Cumhuriyet Savcısı sanık lehine temyiz davası açmıştır. Yasa koyucu, sanığın temyiz davası açmaktan kaçınmamasını, sadece kendisince açılan temyiz davasında da ceza cins ve süresi itibariyle hukuki durumunun ağırlaşacağı kuşkusunu taşımamasını önemsemektedir.”

CMUK. 326/4. maddesi temyiz davasının yalnızca sanık yararına açılması halinde "aleyhe bozmama zorunluluğunu" getirmiştir. Bu bir istisnadır ve üst Mahkemenin görevini bir bakıma sınırlamaktadır. Bu nedenle de dar yorumlanmalıdır. Bu yasağın gerektirmediği hususlar benimsenmek suretiyle her şeye yansıtılması yerinde değildir. Maddi hatalar, bu yasak içinde mütalaa edilemez. Aleyhe bozma yasağı bunlardan yararlanmayı sağlayacak olursa, bu bir hükmü aleyhe bozma değil, yasanın açık hükmüne ve kabul ettiği prensiplere karşı lehe bozmak olur. Maddi hatadan yararlanma hâkimin hatası olsa dahi korunamaz." görüşü ile itiraz yasa yoluna başvurarak Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına, hükmün, "sanığın içtimaen 33 sene 4 ay ağır hapis ve 76.050.000 lira ağır para cezasıyla cezalandırılmasına"¹⁹⁷ şeklinde düzeltilerek onanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

¹⁹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.10.2002 tarih ve 2002-1-179 Esas ve 2002/354 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi:19.03.2013) Yargıtay bir başka kararında da “Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; Lehe yasa belirlemesinin her suç yönünden ayrı ayrı mı, yoksa infaz hükümleri de dikkate alınmak suretiyle içtimalı ceza üzerinden mi yapılacağı noktasında toplanmaktadır.

1-Cezaların içtimai bir infaz kurumu ve işlemidir.

2- İçtimaya dâhil olan suçlar hukuken bağımsızlıklarını korurlar ve her suç yönünden ayrı ayrı sonuç doğururlar,

3- İnfaza ilişkin uygulamalar kazanılmış hak oluşturmadığından, içtimaya ilişkin uygulamalarda lehe oluşan maddi hatalar kazanılmış hakka konu olmazlar,

4- Sonradan yürürlüğe giren ve lehe hükümler içermesi nedeniyle uygulanması gereken yasanın tatbikinde infaza ve bu kapsamdaki içtima hükümlerinin gözetilmesiyle sonraki yasanın lehe olduğunun reddinin ve önceki yasanın lehe kabulünün olanaklı sayılması kabul edilemez.

1412 sayılı CMUY, 765 sayılı TCY ve 647 sayılı CİY döneminde kabul edilen bu ilkeler, 5271 sayılı CYY, 5237 sayılı yeni TCY ve 5275 sayılı İnfaz Yasası döneminde de geçerliliğini korumaktadır, yeni yasal dönemde yasa koyucu cezaların içtimaya ilişkin kurallara 5237 sayılı Yasa içinde yer vermemek suretiyle, infaz hukukunu daha net ve daha doğru bir yasal temele kavuşturmuştur.

Selçuk, yukarıda yer alan Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, irade dışında kalan ve toplama çıkarma gibi maddi hataların aleyhe değiştirme yasağı kapsamında olmadığını ifade etmiştir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, cezanın hesaplanmasında yapılan hata sonrası bozmadan sonra doğru hesaplama neticesinde daha fazla ceza verilmesinin aleyhe değiştirme yasağına aykırılık teşkil ettiğine yönelik kararı da bulunmaktadır.¹⁹⁸

1.4.3. Kanun değişikliği

Önceki açıklamalarımızda da yer verdiğimiz gibi aleyhe değiştirme yasağı, ceza türü ve miktarını kapsamaktadır. Kararın sanık lehine temyiz edilmesinden sonra, bozulan hükümden sonra kanun maddesinde değişiklik yapılmışsa, bu durum kazanılmış hakkın ihlali anlamına gelmez. Önemli olan cezanın türü ve miktarı açısından eskisinden daha ağır olmamasıdır.¹⁹⁹

Bu ilkeler ve yasal düzenlemeler kapsamında, lehe yasa belirlenmesinde 765 sayılı Yasa kapsamındaki içtimalı cezaların değil, her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirme yapılarak, her biri için tayin edilen cezanın dikkate alınması yasal zorunluluktur. Böyle bir kabul 5252 sayılı Yasanın 9/3 ve 23.02.1938 gün ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının da doğal sonucudur.” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19.06.2007 tarih ve 2002/1-122 Esas ve 2007/153 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 19.03.2013). Aynı yönde Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 07.10.1993 tarih ve 1993/8925 Esas ve 1993/10647 Karar sayılı kararı. Günay (2000), s. 71.

¹⁹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.06.1950 tarih ve 1950/361-130 Esas ve 1950/121 Karar sayılı kararı. Yüce (1967), s. 172.

¹⁹⁹ “Bozmaya göre uygulama yapıldıktan sonra, bozulan karardaki nihai cezaya nazaran kazanılmış hak bakımından söz edilebileceği düşünülmeyen, yasa maddesinin kazanılmış hak oluşturduğundan bahisle CMUK’un 326. maddesine yanlış anlam verilmek suretiyle eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 5 . Ceza Dairesinin 06.06.1989 tarih ve 1989/3069 Esas ve 1969/3081 Karar sayılı kararı. Yargıtay 1950 tarihinde verdiği bir içtihadı birleştirme kararında da bir kanun hükmündeki değişik fıkralardaki cezanın alt ve üst sınırıyla ilgili şu şekilde karar vermiştir; “Gerek genel ve gereke özel yasaların bir maddesinin çeşitli fıkralarındaki cezalardan ağır ceza hükmünü içeren fıkranın aşağı sınırıyla hükümlülüğüne karar verilmiş olan sanığın, Yargıtay’ a başvurması üzerine ve hafif ceza hükmünü içeren fıkraya göre ceza verilmesi hakkındaki bozma kararına uyulduktan sonra daha önce verilmiş olan cezadan daha ağır olmamak koşuluyla, bu fıkradaki cezanın yukarı sınırıyla ceza verilmesi kazanılmış hakkın zedelenmesi niteliğinde değildir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 01.03.1984 tarih ve

1.4.4. Ceza muhakemesi hukuku kurallarındaki değişiklikler

Ceza hukukunda geçerli olan lehe olan kanunun geçmişe etkili olması kuralının aksine ceza muhakemesi hukukunda derhal uygulanırlık ilkesi bir başka deyişle hemen uygulama ilkesi²⁰⁰ esastır.²⁰¹

Derhal uygulanırlık ilkesinin çeşitli sonuçları bulunmaktadır.²⁰²

İşlemler yürürlükte bulunan ceza muhakemesi kuralına göre yapılır.

Önceki kural döneminde sonuçlandırılmayan işlemler, yeni kurala göre sonuçlandırılır.

Önceki kural döneminde tamamlanan işlemler ise geçerliliğini korumaya devam eder. Bu işlemlerin değişikliğe göre tekrarlanması gerekmez. Bu durumda ceza muhakemesi işlerliğini sürdüremez.

Sonraki kuralın uygulanmasında önceki lehe-aleyhe kanun tartışması yapılmaksızın yeni kural aleyhe de olsa uygulanır.

Ceza kanunlarında lehe kanunların geçmişe etkili olması söz konusuysa ceza muhakemesi kanunlarında derhal uygulanırlık ilkesinin söz konusu olması neticesinde bir kuralın ceza muhakemesi kuralı mı yoksa ceza hukuku kuralı mı olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

Ceza muhakemesi kurallarını ceza hukuku kurallarından ayırabilmek için kuralın hangi kanunda bulunduğuna bakmak yeterli değildir. Suç ve cezaları ihdas eden kurallar ceza hukuku kurallarıysa, suç iddiasının soruşturulup ceza verilmesinde uygulanacak metotları içeren kurallar ceza muhakemesi hukuku kurallarıdır.²⁰³

1950/21 Esas ve 1950/1 Karar sayılı kararı. Ancak Yargıtay bozması öncesi ceza alt sınırdan tayin edilmesine rağmen bozma sonrasında alt sınırın aşılması ceza tayini aleyhe değiştirme yasağının ihlali anlamına gelecektir. Günay (2000), s. 71 vd.

²⁰⁰ Öztürk ve Erdem (2008), s. 74.

²⁰¹ “Mahkemelerin görev alanını düzenleyen kurallar da muhakeme hukuk kapsamındadır ve bu tür yasalar açısından da derhal uygulanma ilkesi geçerlidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.09.2001 tarih ve 2001/7-158 Esas ve 2001/167 Karar sayılı kararı. Centel vd. (2008), s. 52.

²⁰² Öztürk ve Erdem (2008), s. 74. vd.

²⁰³ Centel vd. (2008), 52; T. Katoğlu (2008). *Ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 29.

Ceza muhakemesi hukuku kuralları, cezayla ilgili olmadıklarından aleyhe değiştirme yasağının kapsamı dışında kalmaktadırlar.²⁰⁴

1.4.5. Aleyhe kanun yolu başvurusunun olması

Aleyhe değiştirme yasağı hükme karşı sanık, sanık müdafii sanık ya da yasal temsilcisi tarafından veya Cumhuriyet Savcısı tarafından sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde geçerlidir. Eğer aynı zamanda aleyhe temyiz de mevcutsa yasak geçerli olmayacaktır.

Katılan tarafın ilk karara karşı kanun yoluna başvurmaması, bozma sonrasında sanık lehine verilen karara karşı kanun yoluna başvurulmasına engel değildir. İlk hükme karşı kanun yoluna başvurulmaması sanık için aleyhe değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmez.²⁰⁵

²⁰⁴ Selçuk (2012), s. 61.

²⁰⁵ “Sanıkların TCK’nın 450/4 ve 51. maddeleriyle mahkmiyetlerine ilişkin ilk hüküm, sanıkların ve Cumhuriyet Savcısının lehteki temyiz itirazları kabul edilerek bozulmuştur. Mahkemenin bozmaya uyararak verdiği ve eylemin TCK’nın 448 ve 51/1. maddelerine uyduğunun kabulü niteliğindeki ikinci hüküm ise, sanıklarla katılanın temyizi üzerine yine vasıftan bozulmuş ve suçun 450/4. maddesine uyacağı gerekçesine dayanılmıştır.

Mahkeme ikinci bozmaya da uymuş ilk hükümde olduğu gibi sanıkların 30’ar yıl ağır hapislerine karar verilmiştir. Bu defa yalnız sanıkların temyizi üzerine gelen üçüncü hüküm, özel dairenin 23.05.1970 gnl ilamıyla yeniden bozulmuştur. Ancak, bu bozmaya karşı kazanılmış hak bulunmadığından bahisle eski hükümde direnme kararı verilmiştir.

Son hüküm bozulmasında gerekçe olarak dayarılan husus sanıkların lehlerine olan ikinci hükümün kazanılmış hak teşkil eylemesi görüşüne dayanmaktadır.

Oysa sanıklar aleyhindeki ilk kararı, davaya katılanlar, dava ve isteklerine uygun buldukları için temyiz etmişlerse de sanıkların lehlerine olan ikinci hkm süresinde temyiz etmişlerdir. Katılanlar vekilinin bu kararı temyiz etmiş olması ve Yargıtay’ca itirazın kabul edilmesi karşısında Usul Kanununun 326. maddesinde yer alan kazanılmış haktan bahsedilmesi mümkün değildir. Çünkü anılan maddenin ikinci fıkrasında, hükümün yalnız sanık veya mümessili tarafından veya onun lehine Cumhuriyet Savcısı tarafından temyiz edilmesi halinde yeniden verilecek hükümün önceki hükümle tayin edilen cezadan daha ağır olamayacağı yazılıdır.

Olayımızda ise, sanıklar lehinde olan hüküm yalnız sanık tarafından temyiz edilmiş olmayıp, davaya katılanlarca da temyiz olunmuştur. şu hale göre CMUK’nun 326. maddesindeki unsur oluşmamıştır.

1.4.6. İnfaza dair durumlar

5237 sayılı TCK m. 7/3’de hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır, ifadesine yer verilmiştir.

Ceza kanununun bu ifadesinden infaz hukukuna ilişkin kurallarla, infaz rejimine ilişkin kuralların farklı olduğunu anlamaktayız.

Aleyhe değiştirme yasağının sonuç ceza miktarı açısından geçerli olduğu esas olmakla birlikte cezanın infaz biçimine ilişkin olan normların aleyhe değiştirme yasağı kapsamında olmadığı kabul edilmektedir.²⁰⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1977 yılında verdiği bir kararında “*Cezaların infazı hakkındaki kanunun 8. maddesi kesinleşmiş bir cezanın çektirilmesine dair bulunduğu mahkemece hükümlülük kararında bu madde uygulanamaz. Bu yönden yapılan bozma üzerine de kazanılmış hak kavramı sadece ceza miktarıyla ilgilidir.*”²⁰⁷ diyerek kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 647 sayılı CİHK’nun 8. maddesindeki özel infaz biçimlerini düzenleyen hükmünü aleyhe değiştirme yasağı kapsamında değerlendirmemiştir.

Aleyhe değiştirme yasağına ilişkin olarak bozma sonrasında uygulanak cezanın niteliği ve miktarı bakımından mahkeme yasak nedeniyle kısıtlanırken, cezaya bağlı sonuçların ve infaz hukukuna ilişkin bazı sorunların aleyhe değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmesi, aleyhe değiştirme yasağının amacına ters düştüğü düşüncesiyle eleştirilmektedir.²⁰⁸

“Somut olayda, yaralamak suçundan sanığın, 6 ay 20 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Yerel Mahkeme hükmü özel Dairece, sanığın eylemi "ırza geçme gayesiyle işlenen fiili tamamlayamamaktan mütevellit infial ile öldürmeye tam

Bu nedenlerle sanıklar vekillerinin temyiz itirazları yerinde bulunmamış ve direnme kararının usule uygun olduğu anlaşılmış bulunduğundan esasın incelenmesi için dosyanın özel daireye gönderilmesi gerekmiştir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.07.1972 tarih ve 1972/ 1-84 Esas ve 1972/263 Karar sayılı kararı. Günay (2000), s. 74 vd.

²⁰⁶ Keskin (2001), s. 418.

²⁰⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.03.1977 tarih ve 1977/2-103 Esas ve 1977/126 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 16.04.2013)

²⁰⁸ Mahmutoglu (2008), s. 534.

kalkışma" niteliğinde görülerek, cezanın miktarındaki kazanılmış hakkı saklı tutulmak koşuluyla, suç vasfından dolayı da bozulmuş, bozmaya uyularak verilen ve özel Dairece de onanan sonucu hükmünde, anılan eylem nedeniyle sanığa TCK.nun 450/8, 62, 55/3 ve 59. maddeleriyle verilen 11 yıl 1 ay 10 gün ağır hapis cezasının, CYUY.nun 326. maddesinin 4. fıkrası uyarınca önceki hükümle verilen cezanın türü ve miktarı saklı kalmak kaydıyla, 6 ay ve 20 gün hapis cezası olarak yerine getirilmesine karar verilmiştir.

Sonuncu hükümde, sanığın cezasının 6 ay 20 gün hapis cezası olarak yerine getirilmesinin belirtilmiş olmasındaki amaç; eylemin karşılığının sonuçta bu miktar ve tür ceza olduğunu göstermek değil, CYUY.nun 326. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen koşul ve kural gereği, zorunlu olarak infaz edilebilecek cezanın tür ve miktarını belirlemektir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda sanığa verilen 6 ay 20 gün hapis cezasının para cezası veya tedbirlerden birine çevrilip çevrilemeyeceği hususuna gelindiğinde; kural olarak, 647 sayılı Kanunun 4/2. maddesi uyarınca, suç tarihinde 18 yaşını ikmal etmemiş olanların mahkûm edildikleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların 4. maddenin 1. fıkrasında 5 bent halinde sıralanan ceza (hafif veya ağır para cezası) veya tedbirlerden birine çevrilmesi zorunlu olmakla beraber, paraya çevrilmesi istenen 6 ay 20 gün hapis cezası, sanığın sabit kabul edilen eyleminin karşılığı olan asıl ceza olmadığından, 4. maddede yazılı para veya tedbirlerden birisine çevrilmesine yasal olanak yoktur. Aksine kabul; haksız ve yanlış bir uygulama ile aleyhe değiştirmeme" kuralı uyarınca ve yasa gereği sanığa bir kez tanınan atıfete bir yenisini eklemek suretiyle eşitlik, hak ve adalet ilkesinin zedelenmesine yol açar. Bu itibarla Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir. ”²⁰⁹

²⁰⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.11.1998 tarih ve 1998/1-282 Esas ve 1998/348 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 16.04.2013), Aynı yönde Yargıtay’ın bir başka kararında da “Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda sanığa verilen 11 ay 20 gün hapis cezasının 647 sayılı Yasanın 4 ve 6. maddeleri uyarınca, maddede belirtilen para cezası veya tedbirlerden birine çevrilip çevrilemeyeceği ve ertelenip ertelenemeyeceği hususuna gelince; kural olarak 647 sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca, ağır hapis hariç kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların, suçlunun kişiliği, sair halleri ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mahkemece; para cezasına veya maddede belirtilen diğer tedbirlere çevrilmesi ve iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis veya hafif hapis cezalarının maddedeki diğer koşulların da bulunması halinde ertelenmesi olanaklı ise de, 11 ay 20 gün hapis cezası, sanığın sabit

Yukarıda yer alan Yargıtay kararında ilk derece mahkemesinin ilk kararında suçun hukuki nitelendirmesi yapılırken hatalı bir değerlendirme yapılmış ve ilk hüküm yaralama suçundan kurularak, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmiştir.

İlk derece mahkemesinin kararı yalnızca sanık lehine temyiz edilmiştir. Temyiz sonrasında da suçun hukuki niteliği yaralama olmayıp, ırza geçmek amacıyla adam öldürmeye tam teşebbüs olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda sanığa 11 yıl 10 ay 10 gün ağır hapis cezası verilmesi gerekirken aleyhe temyiz olmaması nedeniyle aleyhe değiştirme yasağı kapsamında 6 ay 20 gün hapis cezası olarak yerinde getirilmesine karar verilmiştir. Yerine getirilecek olan ceza eylemin tam karşılığını ifade etmezken, aleyhe değiştirme yasağı nedeniyle infaz edilebilecek cezanın miktarını göstermektedir.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında sanığın yaşı ile ilgili olarak 647 sayılı CİHK'nun 4/2. maddesi gereğince para cezasına ya da maddede yazılı tedbirlerden birine çevrilip çevrilemeyeceği noktasında uyuşmazlık çıkmıştır.

647 sayılı kanunun 4/2. maddesinde, suç tarihinde 18 yaşını tamamlamamış olanların mahkûm oldukları kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların 4. maddenin 1. fıkrasında bentler halinde sıralanan ceza veya tedbirlerden birine çevrilmesi zorunlu olmasına rağmen, Yargıtay paraya çevrilmesi istenen 6 ay 20 gün hapis cezasını, sanığın sabit kabul edilen eyleminin karşılığı olan asıl ceza olmadığından, 4. maddede yazılı para veya tedbirlerden birine çevrilmesine yasal imkân bulunmadığına karar vermiştir. Hatta aksine kabulün; haksız ve yanlış bir uygulama ile aleyhe değiştirmeme kuralı uyarınca ve yasa gereği sanığa bir kez tanınan atıfete bir yenisini eklemek suretiyle eşitlik, hak ve adalet ilkesinin zedelenmesine yol açacağından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz Yargıtay kararı Keskin ve Mollamahmutoğlu tarafından ağır biçimde eleştirilmiştir. Zira kararın verildiği sırada yürürlükte bulunan infaz

kabul edilen eyleminin asıl cezası olmadığından hükmolunması gereken ceza, tür ve süresi nazara alındığında 647 sayılı Yasanın 4 ve 6. maddelerinin uygulanmasına ilişkin istem hakkında karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır. Aksi hal, önceki yanlış uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü, sanığın ikinci kez mahkûmiyetin sonuçlarını da kapsayacak şekilde, yararlandırılmasını sağlayacak, bir kez tanınan atıfet genişletilerek hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açacaktır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.03.2004 tarih ve 2004/6-41Esas ve 2004/70 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 16.04.2013)

kanununun 4. maddesi kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların infazına ilişkin değildir, belirlenen ceza yerine hükmolunacak da yine ceza niteliğindedir. Zaten 4. Madde başlığında da kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle kararda geçen hürriyeti bağlayıcı cezanın 4. maddede yer alan tedbirlere çevrilmesi bakımından aleyhe değiştirme yasağı mevcudiyetini korumaktadır.²¹⁰

1.4.7. Muhakeme giderleri

Muhakeme giderleri de aleyhe değiştirme yasağının dışında kalmaktadırlar.²¹¹ Muhakeme giderleriyle birlikte avukatlık ücreti de bulunmaktadır. Kunter avukatlık ücreti sorununun borç ilişkisi bağlamında bir özel hukuku sorunu olduğunu ve bunun bir şahsi hak olduğunu ileri sürmüştür.²¹²

Selçuk, ceza kavramının içine muhakeme giderlerinin de dâhil edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.²¹³ Yüce ise aleyhe değiştirme yasağının amacının kanun yoluna başvuran sanığın korkmadan kanun yoluna başvurmasını sağlamak olduğunu belirterek, kendisine yeni bir harç yüklenmesi sanığı ciddi anlamda korkutmayacağından, harçlar ve muhakeme giderleri konusunda da aleyhe değiştirme yasağını uygulamanın sanığa boşuna avantaj tanıyacağını ifade etmektedir.

1.4.8. Güvenlik tedbirleri

Failin tehlikeliliği göz önüne alınarak öngörülen yaptırımlara güvenlik tedbirleri adı verilmektedir. 5237 Sayılı Kanun'da güvenlik tedbiri olarak öngörülen birçok kurum, 765 Sayılı Kanun döneminde ek ceza olarak düzenlenmişti. 5237 Sayılı Kanun'la ek cezaların hukuki niteliği konusunda tartışmalar sona ermiştir.²¹⁴

²¹⁰ Keskin (2001), s. 419.

²¹¹ Selçuk (2012), s. 61.

²¹² N. Kunter (1983). Avukatlık ücreti bakımından aleyhe bozma sorunu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1-4 (48-49), s. 400.

²¹³ Delitalia (1976), s. 94'ten aktaran Selçuk (2012), s. 61.

²¹⁴ Centel vd. (2005), s. 743.

Zafer, "güvenlik tedbirleri, cezanın yerine; ceza ile birlikte, cezanın yanında tamamlayıcı olarak, ceza ile seçimlik ya da ceza ve güvenlik tedbirini kaldırıp yerine başka isimde bir müeyyide kabul edilerek uygulanır" ifadesini kullanmıştır.²¹⁵ Ceza ile birlikte uygulanan güvenlik tedbirlerine örnek olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmayı, ceza yerine uygulanan güvenlik tedbirleri açısından da akıl hastalarına uygulanan güvenlik tedbirlerini örnek verebiliriz.²¹⁶

Cezalar ve güvenlik tedbirlerini ayıran diğer bir husus da cezalar suç karşılığını oluşturmaya rağmen, güvenlik tedbirleri ilk olarak failin suç işleme tehlikesinin karşılığını oluşturmaktadır²¹⁷

Aleyhe değiştirme yasağı ile ilgili olarak Yargıtay kararlarında, güvenlik tedbirlerinin ceza olmadığı gerekçesiyle aleyhe değiştirme yasağı kapsamında olmadığı yönünde karar verildiği görülmektedir.

Yargıtay'ın *"Yerel Mahkemece cezası ertelenen hükümlü hakkında 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinin hatalı bir değerlendirme ile uygulanmamasına karar verilmiş ise de; hükümdeki yasaya aykırılık ceza ile ilgili olmayıp güvenlik tedbiri ile ilgili olduğundan, gerek olağan yasa yolu denetiminde gerekse olağanüstü yasa yolu denetiminde aleyhe bozma yasağı kapsamına konu olamaz."* şeklindeki kararında aleyhe değiştirme yasağının ceza ile sınırlı tutulduğu belirtilerek güvenlik tedbirlerinin 5237 Sayılı Kanun'daki sistematigi açıklanmış ve güvenlik tedbirlerinin aleyhe değiştirme yasağına konu olamayacakları belirtilmiştir.²¹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir güvenlik tedbiri olan kazanç müsadereğine ilişkin olarak, kurulun bu konudaki tereddütsüz uygulamasına vurgu yapmış ve güvenlik tedbirlerinin aleyhe değiştirme yasağına konu olamayacağına söz konusu kararında yer vermiştir.

²¹⁵ Zafer (2011), s. 525.

²¹⁶ Hakeri (2011), s. 587.

²¹⁷ Zafer (2011), s. 526.

²¹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.12.2006 tarih ve 2006/11-301 Esas ve 2006/296 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 16.04.2013)

2. Aleyhe Değiştirme Yasağı ve Lehe Kanun Uygulanması İlişkisi

2.1. Genel Olarak

Yasanın yürürlüğe girmeden önce işlenmiş fiillere ve olaylara uygulanması anlamına gelen “yasaların geriye yürümesi” ceza hukukunda geçerli olmayan bir ilkedir. Bu durum, kanunilik ilkesinin²¹⁹ doğal bir sonucudur. Kişiler ancak suçu işledikleri tarihte yürürlükte bulunan kanunda suç sayılan fiillerden ve o fiiller için öngörülen cezadan sorumlu olurlar. Ancak bu durumun istisnası da lehe olan kanunun geriye yürümesidir.²²⁰

TCK m. 7’de zaman bakımından uygulama başlığında, *“İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbir uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik*

²¹⁹ “Birey ile devlet ve ceza hukuku ilişkileri yönünden iki temel ilke, ceza hukukunu etkilemiştir. Bunlardan biri biçimsel kanunilik ilkesi, diğeri ise öze ilişkin (maddi) kanunilik ilkesidir. Biçimsel kanunilik ilkesi, işlendiği zamanın kanunu bakımından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırmak ve kanun tarafından açıkça tespit edilmeyen bir ceza ile cezalandırmak yasağını, yani latin e deyimi ile ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’ ilkesini ifade eder. Söz konusu ilke suçun biçimsel anlayışınadayanmaktadır. Buna göre sadece kanun tarafından suç olarak öngörüleni suç kabul etmek gerekmektedir. Suçun biçimsel anlayışının iki temel sonucu vardır: a) Antisosyal olsalar bile kanunun açıkça suç saymadığı hareketler cezalandırılamaz. b) Kanunun açıkça suç saydığı hareketler, sosyal yönden tehlikeli olmasalar bile cezalandırılır. Şu halde fiile suç olma özelliğini veren, kanunun onu açıkça öngörmüş olması ve yine kanunun onun için, sonuçta tesbit ettiği müeyyidenin cezai nitelik taşımasıdır. Öze ilişkin kanunilik ilkesi ise biçimsel kanuniliğin aksine, kanunda açıkça suç olarak öngörülmemiş olsalar bile, antisosyal fiillerin suç sayılmaları ve bu tür fiillere amaca uygun cezaların uygulanması gerektiği anlamına gelir. Söz konusu ilke suçun öze ilişkin (maddi) anlayışına dayanır. Bu anlayışa göre belirli bir tip devletin sosyal düzenini ihlal eden hareketler suç sayılmalıdır. Bundan iki sonuç çıkmaktadır: a) Kanun tarafından açıkça suç haline getirilmiş olmasalar bile, sosyal yönden tehlikeli olan hareketler cezalandırılabilir hareketlerdir, b) buna karşılık kanun tarafından suç sayılsalar bile, sosyal yönden tehlikeli olmayan hareketler cezalandırılmaz hareketlerdir. Fiile suç olma özelliğini veren onun sosyal tehlikeliliğidir.” N. Toroslu (2005). Ceza Hukuku. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 22 vd; Kanunilik ilkesi bireylerin hukuk sistemine, inançları bakımından, suç ve ceza politikaları açısından önem arz ettiği gibi hukuk devleti olmanın da bir sonucudur. N.Centel vd. (2005). Türk ceza hukukuna giriş. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 101.

²²⁰ Centel vd. (2005), s. 100.

tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” ifadesiyle kanunilik ilkesinden ve lehe kanun uygulamasından bahsedilmiştir.

Fiilin işlendiği sırada yürürlükte olan kanun failin lehine ise, bu kanun yürürlükten kalkmasına rağmen yürürlüğü sırasında işlenen suçlarda uygulanmaya devam eder. Bu durumda fiilin meydana geldiği sırada yürürlükte olan *lehe kanunun adeta ileriye yürütmesi diğer bir söyleyişle yürürlük ötesi uygulanması* söz konusu olur.²²¹

2.2. Lehe Kanunun Belirlenmesi

Ceza hukukunda failin lehine olan kanunun geriye yürüyeceğinden bahsettikten sonra, lehe olan kanunun belirlenmesi önem arz ettiğini ifade etmemiz gerekir.²²²

Fiili suç olmaktan çıkaran kanun lehe kanundur. Zaten, TCK m. 7/1’ de de, işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kişinin cezalandırılmayacağı ve hakkında güvenlik tedbirinin uygulanamayacağı böyle bir mahkûmiyet kararının da infaz olunamayacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda,²²³

Suçun oluşmasını zorlaştıran, örneğin suç tanımına yeni bir unsur ekleyen ya da cezalandırma şartı öngören kanun lehe kanundur.

Suç karşılığı olarak para cezası öngörülen kanun, hürriyeti bağlayıcı ceza öngören kanuna göre lehe kanundur.

²²¹ H. Zafer (2011). *Ceza hukuku genel hükümler TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 88-89.

²²² Öğretide kabul gören kararlılık kazanmış uygulamayı ilkesel bir şekilde vurgulayan Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.12.2003 tarih ve 2003/1-270 Esas ve 2003/290 Karar sayılı kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere;

"Suçları ve cezaları tanımlayan yasalar bakımından, lehe yasanın geçmişe yürürlü olması, failin durumunu ağırlaştıran yasaların ise geçmişe yürürlü olmaması kuralının uygulanabilmesi için, öncelikle hangi yasanın failin lehine olduğunun belirlenmesi gerekir. Bunun için sonradan yürürlüğe giren yasaların, cezaların türü ve miktarına, içtimasına, infaz rejimine, güvenlik tedbirlerine, kovuşturma koşullarına, zamanaşımına, mahkemelerin görev ve yetkilerine, yargılama usullerine ilişkin olarak öncekine nazaran farklı hükümler içerip içermediklerine bakılmalıdır.

²²³ Centel ve Zafer (2005), s. 103-104.

Re'sen kovuşturma yapılan suçu, şikâyetle bağlı suç hâline getiren kanun lehe kanundur.

Zamanaşımı süresini kısaltan kanun lehe kanundur.

Tür ve miktar açısından daha hafif ceza öngören kanun, lehe kanundur. Süreli hapsin, müebbet hapis cezasına göre hafif bir hürriyeti bağlayıcı ceza olması gibi. Cezaların türleri aynıysa miktarı az olan ceza failin lehinedir.

Türleri aynı olan cezalarda alt ve üst sınır bulunuyorsa: Alt sınırlar eşit, üst sınırlar farklıysa üst sınırı az olan ceza failin lehinedir. Üst sınırlar eşit, alt sınırlar farklıysa at sınırı az olan ceza failin lehine olacaktır. Alt ve üst sınırlar tamamen birbirinden farklıysa somut bir değerlendirme yapılarak lehe kanun bulunmalıdır. Ancak iki yasanın lehe olan hükümlerinin karma biçimde uygulanması²²⁴ mümkün değildir.

Bunların dışında; suç karşılığında ceza öngören kanuna göre güvenlik tedbiri öngören kanun, teşebbüsü cezalandıran kanuna göre teşebbüsü cezalandırmayan kanun, çocuklarda cezai sorumsuzluk yaşını düşük belirleyen kanuna göre yüksek belirleyen kanun, suçların içtimasını zorlaştıran kanuna göre kolaylaştıran kanun, şahsi cezasızlık veya etkin pişmanlık nedeni öngören kanun, şartla salıvermeyi, ertlemeyi kolaylaştıran, tekerrürü kolaylaştıran kanun lehe kanundur.²²⁵

Doktrinde de ceza hukukunda, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesine rağmen lehe olan kanunun geçmişe uygulanabilirliği karşısında, aleyhe değiştirme yasağının kabulünün yadırganmaması gerektiği düşünülmektedir.²²⁶

²²⁴ “... ve eski kanun hükümlerinin birbiriyle karıştırılmaması lazım geldiğine ve tatbikat sahasında her iki kanunun mukayesesi yeni kanundan evvel işlenen suçlar hakkında evvela mer'iyetinden kaldırılmış olan kanuna nazaran tatbiki icap edecek ceza tayin ve ondan sonra o fiilin yeni kanunda gösterilen cezası da hesap olunmak suretiyle hasıl olacak neticeye göre hangisi lehte ise onun tatbiki şekliyle mümkündür.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 23.02.1938 tarih ve 1937/23 Esas ve 1938/9 Karar sayılı kararı.²³ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 25.03.2013); E. Günay (2006). *Uygulamalı ceza davalarında hüküm kurma esasları ve hükmün bozdurulması (Ceza ve usul pratiği)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 195.

²²⁵ Zafer (2011), s. 91-92.

²²⁶ Günay (2000), s. 60.

3. Aleyhe Değiştirme Yasağının Uygulandığı Kanun Yolları

Aleyhe değiştirme yasağı, istinaf ve temyiz gibi olağan kanun yolları ile yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma gibi olağanüstü kanun yollarında geçerlidir.

3.1. İstinaf

3.1.1. İstinaf kavramı

İlk kez 1879 tarihli Usul-ü Muhekkemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkat’la hukuk sistemimize giren²²⁷ ve olağan kanun yolları arasında bulunan istinafta ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm, hem maddi hem de hukuki yönden denetime tabi tutulur.²²⁸ Eğer hükümde maddi veya hukuki yönden bir yanlış uygulama söz konusuysa hüküm bozulur, kaldırılarak yeni bir hüküm verilir.²²⁹

İstinaf maddi inceleme yapılması bakımından, doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkelerinin geçerli olması bakımından temyize göre farklılık arz eder.²³⁰ Maddi olguların yeniden ele alınması sebebiyle, yeni olgu ve deliller ileri sürülmesi mümkündür. İstinaf kesin olmayan nihai kararlara karşı başvuru kanun yolu olması sebebiyle ve devretme ve yayılma etkilerine sahip olması bakımından da temyizle benzerlik arz etmektedir.²³¹

²²⁷ Ancak istinaf uygulamasına 1924 yılında işlerin uzaması ve hatalı kararlar çıkması nedeniyle son verilmiştir. Yenisey (1979), s. 38. İstinaf, ceza muhakemesi sistemimize 5271 sayılı kanunla tekrar getirilmiştir.

²²⁸ “CMK, ilk derece yargılaması ile temyiz yargılaması arasına istinafı yerleştirerek, hem Yargıtay’ın içtihat mahkemesi konumunu güçlendirmeyi hem de mahkemelerin son kararlarının yalnızca hukuki sorun değil, maddi sorun açısından da sağlıklı bir şekilde denetlenmesinin yolunu açmayı öngörmüştür.” M. Feyzioğlu (2006). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hakkında bazı tespit ve değerlendirmeler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (62), s. 28.

²²⁹ Kunter (2011), s. 1682; Centel ve Zafer (2008), s. 719.

²³⁰ Centel vd. (2008), s. 720.

²³¹ Öztürk ve Erdem (2008), s. 870.

Öztürk ve Erdem, 5271 Sayılı Kanunla ceza muhakemesi sistemimize dâhil edilen istinafi her olayda yeniden yargılama yapılmasını öngören bir sistem olmaması sebebiyle *genişletilmiş temyiz* olarak nitlendirmektedir.²³²

İstinaf başvurusunda, CMK m. 276 gereğince, üç aşamalı bir inceleme yapılmaktadır. Birinci aşamada hükmü veren ilk derece mahkemesi yapılan başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığı, hükmün istinafa açık hükümlerden olup olmadığı ve başvuranın istinaf başvurusu yapma hakkı olup olmadığı açısından inceler. İnceleme sonucunda ilk derece mahkemesi başvuruyu reddederse başvuranın Bölge Adliye Mahkemesi'ne itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Ancak başvuru koşulları sağlanmışsa ikinci aşamaya geçilir.²³³

İkinci aşamada ise istinaf mahkemesi olan B.A.M. ön inceleme yapar, ön inceleme aşamasında CMK madde 279 gereğince istinaf mahkemesi yetkili olup olmadığı, süreye uyulup uyulmadığı, hükmün istinafa açık hükümlerden olup olmadığı ve başvuranın istinafa başvuru hakkı bulunup bulunmadığı noktalarından incelenir.²³⁴

Üçüncü ve son aşamada da CMK madde 280 gereğince inceleme aşamasında, B.A.M. dosyayı delillerde eksiklik olup olmaması açısından, ilk derece mahkemesinin kararında esas ve usul açısından bir yanlışlık olup olmaması açısından, ilk derece mahkemesinin yaptığı değerlendirme ve verdiği kararın ispat bakımından doğru olup olmadığı konusunda inceleme yapıp her şeyin usulüne uygun olduğuna karar verirse istinaf istemini reddedecektir.²³⁵

İstinaf istemine ilişkin esastan red kararına karşı, CMK m. 286/2 kapsamında temyiz yoluna gidilmesi mümkündür. Temyiz yoluna gidilmediği takdirde temyiz süresinin geçmesiyle ya da temyiz edilemeyen kararlardansa esastan reddedilen karar kesin hükme dönüşür.²³⁶

B.A.M. ilk derece mahkemesi kararında hukuka kesin aykırılık hallerinin bulunduğu kanaat ederse CMK m. 289 ve CMK m. 280 gereğince hükmü bozar. İlk

²³² Öztürk ve Erdem (2008), s. 873.

²³³ Öztürk ve Erdem (2008), s. 874.

²³⁴ Centel vd. (2008), s. 722 vd; Öztürk ve Erdem (2008), s. 874.

²³⁵ Öztürk ve Erdem (2008), s. 874 vd.

²³⁶ Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 348.

derece mahkemesinin de bozma kararına uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Kararın bir nedenden bozulması tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelir.²³⁷

İstinaf mahkemesinin vereceği diğer karar türü ise ilk derece mahkemesinin verdiği kararı kaldırıp yerine yeni bir karar vermesidir. Bu durum hukuka kesin aykırılık halleri dışında kalan, hukuka aykırılık hallerinde mümkündür. Böylece B.A.M. duruşma hazırlığına başlanmasına da karar verir.²³⁸

3.1.2. İstinaf ve aleyhe değiştirme yasağı

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi aleyhe değiştirme yasağının geçerli olduğu kanun yollarından biri de istinaf kanun yoludur. CMK m. 265’de kanun yollarına ilişkin genel hükümler bahsinde, Cumhuriyet savcısının başvuru sonucunun kapsamı başlığı altında, Cumhuriyet savcısının sanık lehine kanun yoluna başvurmaması halinde, yeniden verilecek hükmün önceki hükümle tayin edilen cezadan daha ağır olamayacağı düzenleme altına alınmıştır. CMUK m. 294’te Cumhuriyet savcılığı tarafından aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın sanık lehine bozulabileceğine yer verilmiştir. Ancak cezanın ağırlaştırılamayacağına dair bir ifade yer almamaktaydı.

İstinafın düzenlendiği yerde CMK m. 283’de ise *“istinaf yoluna sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.”* ifadesine yer verilmiştir.

CMK m. 307/4’te temyize ilişkin olarak aleyhe değiştirme yasağı ilkesi gereği hükmün “yalnız” sanık lehine temyiz edilmesinden bahsedilirken istinafla ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz CMK 283. maddede “yalnız” ifadesine yer verilmemiştir. Sisteme aykırı olan bu durumun kanun koyucunun iradesi dışında, unutulması nedeniyle gerçekleştiğini ileri sürülmektedir. Unutulduğu düşünülen “yalnız” kelimesinin kanuna eklenmesi önerisinde bulunmaktadır.²³⁹

Söylendiği gibi istinafla ilgili olan bölüme “yalnız” ifadesinin eklenmesi yerinde olacaktır ve tartışmaları ortadan kaldıracaktır. Ancak aleyhe değiştirme yasağının yer

²³⁷ Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 348.

²³⁸ Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 349.

²³⁹ Kunter vd. (2010), s. 1664.

verildiği ceza muhakemesi sisteminin genelinden yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde yasağın geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır.

3.2. Temyiz

3.2.1. Temyiz kavramı

Olağan kanun yollarından temyiz yoluna CMK m. 291 gereğince hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde başvurulması gerekmektedir. Temyiz yolu ile mahkeme kararlarındaki hukuka aykırılıkları gidermek ve içtihat birliğini sağlamak amaçlanır. Bu kanun yolunda, mahkeme kararlarındaki aykırılıklar bozma ve istisna olarak da ıslah yoluyla giderilir.²⁴⁰

Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup görevlerine başlayıncaya kadar CMK'nın temyizle ilgili olan hükümleri uygulanmayacak, bu sürede 1412 sayılı CMUK'un temyize ilişkin hükümleri uygulanacaktır.²⁴¹

Temyiz yoluna başvurulabilen kararlar mahkeme kararlarıdır ve nihai kararlardır.²⁴² Nihai kararlar²⁴³ da CMK 223/1'de belirtildiği üzere beraat, ceza

²⁴⁰ Kunter vd. (2010), s. 1713.

²⁴¹ CMK yürürlük kanun madde 8/1 uyarınca "Bölge Adliye Mahkemelerinin 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici ikinci maddesi uyarınca Resmi Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ila 326. Maddeleri uygulanır." ifadesine yer verilmekle Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluncaya kadar CMUK 305-326. Maddeleri uygulanacaktır. Öztürk ve Erdem (2008), s. 938.

²⁴² Yüce (1967), s. 92; Öztürk ve Erdem (2008), s. 938.

²⁴³ Hukuk sistemimizde, ara kararların da istisnai olarak temyiz edilebilmesi mümkündür. CMUK madde 306'da hükümden evvel verilip hükme esas teşkil eden kararlar dahi hükümle beraber temyiz olunabilir, denilmiştir. Bu bağlamda mahkemelerin verdiği yetkililik kararının da son kararla birlikte temyiz edilmesi mümkündür. Öztürk ve Erdem (2008), s. 938.

verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi karardır.²⁴⁴

Temyiz nedeni, hükmün kanuna aykırı olmasıdır. Kanuna aykırılıkta ise bir hukuk normunun hiç uygulanmaması ya da yanlış uygulanması söz konusudur. Kanuna aykırılık maddi hukuka aykırılık ve usul hukukuna aykırılık biçiminde karşımıza çıkabilir.²⁴⁵

Eski usul kanununda temyiz nedenlerini gösterme zorunluluğu bulunmamasına rağmen, CMK’da temyiz nedenlerinin gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir.²⁴⁶

Temyiz başvurusu bir dilekçe ile yapılır, temyiz dilekçesi ile temyiz layihası farklı anlamlar ifade etmektedir. Mahkemenin nihai kararının Yargıtay tarafından incelenmesi isteğini içeren dilekçeye temyiz dilekçesi, hatta uygulamadaki adıyla temyiz süresini muhafaza ya da süre tutum dilekçesi adı verilmektedir. Ancak gerekçeli kararın tebliğinden itibaren, hükmü temyiz olunan mahkemeye verilen ve süre tutum dilekçesinden sonra verilmesi isteğe bağlı olan dilekçeye de temyiz layihası adı verilir.²⁴⁷

Temyiz başvurusu üzerine mahkeme, başvuruyu kabule şayan olmadığı gerekçesiyle reddedebilir. Temyiz başvurusunu yapan red kararının kendisine tebliğinden itibaren bir hafta içinde bu konuda karar verilmesi için Yargıtay’a başvurabilir.²⁴⁸

CMUK m. 317 gereğince Yargıtay dosyada yapacağı incelemede, temyiz başvurusunun süresinde yapıp yapılmadığını, hükmün temyiz edilebilir kararlardan olup olmadığını, temyiz edenin buna hakkı olup olmadığını inceler. Eğer dosya saydığımız şartları taşııyorsa istek reddedilir, şartlar bulunuyorsa esastan incelemeye geçilir.

Temyiz nedenlerinin maddi hukuka aykırılık ve muhakeme hukukuna aykırılık şeklinde gerçekleşebileceğini belirtmiştik. Hükme esas teşkil eden hukuka aykırılıklar

²⁴⁴ CMK madde 223- (1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükmüdür.

²⁴⁵ Centel vd. (2008), s. 704.

²⁴⁶ Kunter vd. (2011), s. 1721.

²⁴⁷ Öztürk ve Erdem (2008), s. 941.

²⁴⁸ Öztürk ve Erdem (2008), s. 942.

temyiz nedeni olduğundan, hükümle hukuka aykırılık arasında nedensellik ilişkisinin kurulması gerekir. Bu durum da her somut olayda farklılık gösterdiği için nispi temyiz nedeni olarak adlandırılır.²⁴⁹

Mutlak temyiz sebepleri CMUK m. 308’de sayılmıştır.²⁵⁰

Temyiz aşamasında, temyiz mahkemesince yalnızca hukuki denetim yapılacağına dair ilke de, içtihat yoluyla aşılarak genişletilmiş temyiz kabul edilmiştir.²⁵¹

Yargıtay temyiz incelemesi neticesinde, red (onama), bozma, ıslah ve düşme kararı verebilir. Yargıtay’ın bozma kararı vermesi halinde dosya kararı bozulan mahkemeye gönderilecektir. Bozma sonrasında ilk derece mahkemesi, bozmaya uyarak yeni bir karar verebileceği gibi direnme kararı da verebilir.²⁵²

İlk derece mahkemesi bozma kararına uyması halinde, mahkeme kural olarak verilecek ikinci hükümde serbesttir ve ne Yargıtay’ın görüşü ile ne de eski kararı ile bağlıdır. Bu duruma serbestlik ilkesi ya da bozmadan sonra serbestlik adı verilmektedir.²⁵³

²⁴⁹ Centel vd. (2008), s. 707.

²⁵⁰ Kanuna muhalefet halleri

Madde 308- Aşağıda yazılı hallerde kanuna mutlaka muhalefet edilmiş sayılır:

- 1- Mahkemenin kanun dairesinde teşekkül etmemiş olması,
- 2- Hâkimlik görevine iştiraktan kanunen memnu olan bir hâkimin hükme iştirak etmesi,
- 3- Makbul şüpheden dolayı hakkında red talebi vaki olup da talep kabul olunduğu halde hâkimin hükme iştirak etmesi yahut bu talebin kanuna mugayir olarak reddolunması suretiyle hakimın hükme iştirak ettirilmesi,
- 4- Mahkemenin kanuna muhalif olarak davaya bakmağa kendini görevli veya yetkili görmesi,
- 5- Cumhuriyet Savcısı yahut kanunen vücudu lazım diğer şahsın gıyabında duruşma yapılması,
- 6- Şifahi bir duruşma neticesi olarak verilen hükümde aleni muhakeme kaidesinin ihlal edilmesi,
- 7- Hükümün gerekçeyi ihtiva etmemesi,
- 8- Hüküm için mühim olan noktalarda mahkeme kararı ile müdafaa hakkının tahdit edilmiş olması.

²⁵¹ H. Zafer (2004b). Ceza muhakemesi hukukunda temyiz sebebi olarak emredici usul kurallarına aykırılık. *Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan*. İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım, s.338.

²⁵² Öztürk ve Erdem (2008), s. 945.

²⁵³ Kunter vd. (2010), s. 1782; Öztürk ve Erdem (2008), s. 945.

3.2.2. Temyiz ve aleyhe değiştirme yasağı

CMK m. 265’de kanun yoluna yalnızca sanık lehine başvurulmuşsa, sanığa verilecek cezanın önceki cezadan daha ağır olamayacağı ve aynı yasağın Cumhuriyet Savcısı tarafından yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde de geçerli olacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme CMUK m. 294’te yer almıyordu.²⁵⁴

CMK m. 307/4’te de temyize ilişkin olarak hüküm yalnızca sanık tarafından ya da onun lehine Cumhuriyet Savcısı veya m. 262’de gösterilen kişiler tarafından temyiz edilmişse, yeniden verilecek hükmün, önceki cezadan daha ağır olamayacağı düzenlenmiştir.

5271 sayılı CMUK m. 326’da da yeniden verilecek hükümdeki cezanın önceki hükümle belirlenen cezadan daha ağır olamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi suçun hukuki niteliği değişse bile cezayı belirlerken önceki hükümdeki sonuç cezadan daha ağır bir ceza belirleyemeyecektir.²⁵⁵

İstinaf ve yargılamanın yenilenmesinde aleyhe değiştirme yasağına ilişkin düzenlemede, “sadece” ifadesine temyiz aksine yer verilmemiştir. Bu ifadenin istinaf ve yargılamanın yenilenmesinde unutulduğu düşünülmektedir.²⁵⁶

Aleyhe değiştirme yasağı, bozmadan sonraki serbestlik kuralının istisnalarından birini teşkil etmektedir.²⁵⁷

3.3. Yargılamanın Yenilenmesi

3.3.1. Yargılamanın yenilenmesi kavramı

Kanun yollarını sınıflandırma yöntemlerinden biri de, kararın kesinleşmiş olup olmamasına göre yapılan olağan-olağanüstü kanun yolu ayrımıdır. Olağanüstü kanun

²⁵⁴ Kunter vd. (2010), s. 1664.

²⁵⁵ Yüce (1967), s. 172.

²⁵⁶ Kunter vd. (2010), s. 1664.

²⁵⁷ Diğer istisnalar ise Yargıtay hükmü bir eksiklik nedeniyle bozmuşsa, ilk derece mahkemesi bozmadan sonraki serbestliği tam anlamıyla uygulayamayacak, eksikliği gidermek zorunda kalacaktır. Son olarak da ceza miktarını azaltan kanun değişikliği ya da zamanaşımı süresinin dolması halinde de geçerli bozmadan sonraki serbestlik ilkesi geçerli değildir. Öztürk ve Erdem (2008), s. 945.

yolları kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı başvuru kanun yollarını ifade etmektedir.²⁵⁸

Yargılamanın yenilenmesi kesinleşmiş kararlara karşı başvuru bir kanun yolu olduğundan, olağanüstü kanun yolları arasında yer almaktadır.²⁵⁹ CMK m. 311 ve devamında düzenlenmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi talep üzerine olur. Hükümlü, hükümlü ölmüşse de eşi, üst soyu, alt soyu, kardeşleri ve Cumhuriyet Savcısı tarafından yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir. Hükümlü veya beraat eden sanığın kendi aleyhine yargılamanın yenilenmesini istemesi mümkün değildir.²⁶⁰

Lehe yargılamanın yenilenmesinde süre sınırı bulunmamasına rağmen, aleyhte yargılamanın yenilenmesiyle ilgili olarak karşılaştırmalı hukukta, suçun zamanaşımı süresinin dolmamış olması ve ilgilinin yaşıyor olması şartı aranmaktadır.²⁶¹

Yargılamanın yenilenmesi talebi hükmü veren mahkemeye yazılı olarak verilir. Yenileme sebepleri ve deliller dilekçede belirtilir.²⁶²

Yargılamanın yenilenmesi sebepleri CMK m. 311 ve m. 314'e göre, lehe yenileme ve aleyhe yenileme sebepleri olarak ikiye ayrılmaktadır.

Yargılamanın yenilenmesi ile ilgili olarak lehe ve aleyhe yenileme sebepleri belirtildikten sonra da mahkemenin takdir yetkisine dayanarak kanuni sınırlar içinde belirlediği cezanın değiştirilmesi için ve kesinleşmiş karardaki yanlışlığın giderilmesini sağlayacak başka bir kanun yolu bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceği belirtilmiştir.²⁶³

Yanlışlıkla iki muhakeme yapılmışsa, ikinci hüküm doğru olsa bile ikinci hüküm ortadan kaldırılması gerekir, iki hükümde de farklı sonuca ulaşılmışsa birinci hükümde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmelidir.²⁶⁴

²⁵⁸ Yargılamanın yenilenmesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, AHİM'e bireysel başvuru ve Uluslararası Ceza Divanına başvuru olağanüstü kanun yolları arasındadır. Bıçak (2011), s. 737.

²⁵⁹ A. Önder (1973). Muhakemenin iadesinde reform (Yargılamanın yenilenmesi). Cumhuriyetin Ellinci Yılında Ceza Adaleti Reformunun İlkeleri Sempozyumu Kanun yolları. İstanbul, s. 9.

²⁶⁰ B. Kantar (1957). *Ceza muhakemeleri usulü I*. Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, s. 419.

²⁶¹ Centel ve Zafer (2008), s. 741.

²⁶² Centel ve Zafer (2008), s. 741.

²⁶³ Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 390.

²⁶⁴ Kunter vd. (2010), s. 1810.

Yargılamanın yenilenmesi talebi hükmü veren mahkemeye yapıldıktan sonra mahkeme istemin usul ve esas bakımından kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirir. Yargılamanın yenilenmesi talebi her ne kadar hükmü veren mahkemeye verilse de, önceki muhakemede yer alan hâkimin, yargılamanın yenilenmesi aşamasında bulunmaması gerekir.²⁶⁵

Yapılan inceleme sonucunda yargılamanın yenilenmesi talebinin usulden reddine ya da kabulüne karar verilir. Talebin usulden kabulüne karar verilmişse, esastan incelemeye geçilir. Esas incelemesinde de ileri sürülen iddiaların ispat edilememesi ya da hükme herhangi bir etkisinin olmadığını tespit edilmesi halinde duruşma yapılmaksızın reddedilir, aksi durumda yargılamanın yenilenmesi ve duruşma açılmasına karar verilir.²⁶⁶

Talebin yerinde görülüp duruşma açılması halinde de duruşma günü verilerek kovuşturma yapılır. Mahkeme ilk defa yargılama yapar gibi, talep dışındaki hususları da inceleyebilir. Hükümlünün ölmesi halinde de duruşma yapılmaksızın karar verilebilir.²⁶⁷

Yargılamanın yenilenmesi muhakemesi sonrasında ya yenileme kararı verilir ya da muhakemenin yenilenmesi davasının reddi kararı verilir. Yargılamanın yenilenmesi davasının reddine önceki hükmün onanması adı da verilmektedir.²⁶⁸

Yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan kişi, isterse önceki hükmün iptaline ilişkin olan kararın resmi gazetede ya da diğer gazetelerde yayınlanması talebinde bulunabilir. Beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde, 5271 sayılı CMUK'un aksine önceki hükmün infazından dolayı uğranılan maddi ya da manevi zararın tazminine karar verilir.²⁶⁹

²⁶⁵ Centel ve Zafer (2008), s. 748; Kunter vd. (2010), s. 1812. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 13.01.2010 tarih ve 2009/10007 Esas ve 2010/4 Karar sayılı kararı. “Yargılamanın yenilenmesi isteminde isteminde, önceki yargılamada görev alan hâkim, aynı işte görev alamaz. Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin kararın aynı mahkemece, ancak asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hâkimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerekir. Asıl kararı veren heyette görev alan hâkimin yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında karar veren heyette de görev alması usul ve yasaya aykırıdır. Yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair kararın ortadan kaldırılmasına ve talebin kabulüne karar verilmesi gerekir.”

²⁶⁶ Centel ve Zafer (2008), s. 748.

²⁶⁷ Öztürk ve Erdem (2008), s. 936, 937.

²⁶⁸ Kunter vd. (2010), s. 1818; Öztürk ve Erdem (2008), s. 937.

²⁶⁹ Kunter vd. (2010), s. 1818-1819; Öztürk ve Erdem (2008), s. 937.

Yargılamanın yenilenmesi davası sonunda meydana gelen yeni hüküm aleyhine istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilir. Bu hükmün kesinleşmesi durumunda da koşullar gerçekleşmişse yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunulabilir.²⁷⁰

3.3.2 Yargılamanın yenilenmesi ve aleyhe değiştirme yasağı

Yargılamanın yenilenmesi talebinin hükümlünün lehine olarak yapılması halinde, sonraki hükmün önceki hükümle belirlenen cezadan daha ağır olamayacağı CMK m. 323/2’de düzenleme altına alınmıştır.

İstinafa ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi 5271 Sayılı Kanun'un CMK’da temyizdeki aleyhe değiştirme yasağına ilişkin düzenlemenin aksine “yalnız” ya da “sadece” sanık lehine ifadelerine yer verilmemiştir. Bu durumun kanun koyucu tarafından unutulduğu düşünülmektedir.²⁷¹ Zira "sadece" ifadesine yer verilmediği takdirde hüküm hakkında sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması halinde de aleyhe değiştirme yasağının geçerli olacağı şeklinde de bir algılama söz konusu olabilir.

CMUK m. 341’deki düzenlemede “*Muhakemenin iadesi talebi yalnız mahkûm tarafından olur yahut mahkûmun lehine olarak Cumhuriyet Savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından yapılırsa yeniden verilecek hüküm evvelki hüküm ile tayin edilmiş cezadan daha ağır bir cezayı ihtiva edemez.*” ifadesi yer almaktadır. Burada yalnız sanığın lehine ifadesine yer verildiğini görmekteyiz. Oysa CMK m. 323/2’de CMUK’un ve CMK’daki temyize ilişkin düzenlemenin aksine yalnız veya sadece ifadelerine yer verilmemiştir. Biz de kanun koyucunun bu ifadeyi unuttuğunu düşünüyoruz.

²⁷⁰A. Karakurt (2009). *Ceza muhakemesi hukukunda muhakemenin yenilenmesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 163.

²⁷¹Kunter vd. (2010), s. 1819.

3.4. Kanun Yararına Bozma

3.4.1. Kanun yararına bozma kavramı

Olağanüstü kanun yollarından biri olan kanun yararına bozma, hâkim ve mahkeme kararlarından istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara veya hükümlere karşı başvurulmuş ve bu karar ve hükümlerin Yargıtay tarafından denetimden geçmesini sağlayan yoldur. Amaç kesinleşmiş kararlarda bulunan hukuka aykırılıkları gidermektir.²⁷²

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na yazılı emir başlığında düzenlenen kurum CMK'da kanun yararına bozma adı altında düzenlenmiştir. Adalet Bakanlığı'nın istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlarda hukuka aykırılık bulunması halinde, Adalet Bakanlığı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ilgili Ceza Dairesi'ne başvurarak açtığı davada Yargıtay'ca yapılan incelemeye kanun yararına bozma denir.²⁷³

Kanun yararına bozma incelemesi, duruşmasız olur. İleri sürülen sebepler yerinde görülürse karar bozulur, yerinde görülmezse de talep reddedilir. Bazı durumlarda da Yargıtay'ın hükmü bozarak ıslah etmesi mümkündür.²⁷⁴

Kanun yararına bozmada önem arz eden husus istinaf ya da temyiz incelemesi yapılmaksızın kesinleşen kararda hukuka aykırılığın bulunmasıdır.²⁷⁵

Kanun yararına bozma sonrasında kararın durumu²⁷⁶;

CMK m. 309 gereğince CMK m. 223'te yer alan, davanın esasını çözmeyen bir karar Yargıtay tarafından kanun yararına bozulursa, kararı veren hâkim ya da mahkeme tarafından yeniden verilir.

Mahkûmiyet hükmünün davanın esasını çözmeyen yönüne dair bozma kararı söz konusuysa, bozmadan sonra yeniden yargılama yapılır ve gereken karar verilir.

²⁷² Toroslu ve Feyzioğlu (2012), s. 378.

²⁷³ Öztürk ve Erdem (2008), s. 947.

²⁷⁴ Centel ve Zafer (2008), s. 738.

²⁷⁵ Öztürk ve Erdem (2008), s. 948.

²⁷⁶ Kunter vd.(2010), s. 1840, 1841.

Davanın esasını çözen ve mahkûmiyet kararı olmayan bir hüküm bozulursa, mahkeme yeniden muhakeme yapamaz. Yargıtay'ın bozma kararı mevcudiyetini korumasına rağmen, sanığın aleyhine sonuç doğuramaz.

Yargıtay bozma kararının hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektirmesi halinde de, ceza kaldırılır. Yargıtay Ceza Dairesi ilk derece mahkemesi gibi doğrudan esas hakkında karar verir.

Kanun yararına bozma kararına karşı ilk derece mahkemesinin direnme kararı vermesi mümkün değildir.²⁷⁷

3.4.2. Kanun yararına bozma ve aleyhe değiştirme yasağı

Kanun yararına bozma ile aleyhe değiştirme yasağı ilişkisi açısından, davanın esasını çözmeyen kararlar bakımından, kanun yararına bozma halinde yapılacak değerlendirme sonrasında yeniden karar verilir. Ancak yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi kanun yararına bozma açısından direnme, kanunda mümkün olmadığı için, esasını çözmeyen kararlar bakımından lehe karar verme mecburiyeti söz konusu değildir.²⁷⁸

Eğer mahkûmiyet hükmünün, davanın esasını çözmeyen kısmına ilişkin bozma kararı söz konusuysa, yeniden yargılama sonrasında verilen hükümdeki sonuç cezanın CMK 309/4-b gereğince önceki hükümle belirlenen cezadan daha ağır olması mümkün değildir.²⁷⁹

Davanın esasını çözen ancak mahkûmiyet kararı olmayan bir hüküm söz konusuysa, mahkeme yeniden yargılama yapamaz ve bu bozma kararı aleyhe sonuç doğurmaz. Yani Yargıtay bozma kararına rağmen örneğin beraat hükmü geçerliliğini sürdürür.²⁸⁰

Kanun yararına bozma kurumunda, Yargıtay'ın kararı bozması aslında kanun yararına olsa da bozmadan sanığında faydalanması söz konusu olacaktır.²⁸¹

²⁷⁷ Öztürk ve Erdem (2008), s. 948.

²⁷⁸ Kunter vd. (2010), s. 1840.

²⁷⁹ Öztürk ve Erdem (2008), s. 948.

²⁸⁰ Kunter vd. (2010), s. 1841.

²⁸¹ Kunter vd. (2010), s. 1842.

4. Aleyhe Değiştirme Yasağının Kişi Bakımından Uygulama Alanı

Kanun yollarına ilişkin genel hükümler CMK m. 260 ve devamında düzenlenmiştir. CMK m. 260'ta hâkim ya da mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık ve CMK'ya göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma işteği karara bağlanmamış, reddedilmiş ya da katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar görenler için kanun yollarının açık olduğu düzenlenmiştir.

Aleyhe değiştirme yasağı, sanık lehine kanun yoluna başvurulması, hükmün bozulması ya da iptali halinde kabul edilmiştir. İstinaf ve temyiz başvurusunda, bu yollara başvurabilecek kişiler; sanık, Cumhuriyet Savcısı, sanık müdafii, yasal temsilci ve eştir.²⁸²

1412 sayılı CMUK'ta m. 305/1'de 15 yıl ve daha fazla süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarda otomatik temyize yer verilmiş olmasına rağmen, CMK'da otomatik temyize yer verilmemiştir ancak CMK'nın 271/1. maddesinde otomatik istinaf düzenlemesi kabul edilmiştir.

Otomatik temyiz ya da CMK'daki düzenlemesiyle otomatik istinaf "davasız yargılama olmaz" ilkesinin de istisnası olarak tahkik sisteminin bir eseridir.²⁸³

CMK'da temyize ilişkin düzenlemede "sadece" sanık lehine temyiz yoluna başvurulması halinde cezanın ağırlaştırılamayacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, istinaf ve yargılamanın yenilenmesine ilişkin düzenlemede "sadece" ifadesine yer verilmemiştir.

5. Uyarlama Yargılaması Açısından Aleyhe Değiştirme Yasağı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun yürürlüğü girmesi ve 765 sayılı kanunun yürürlükten kalkmasıyla birlikte, lehe kanunun tespiti ve uygulanması gündeme gelmiştir. Zira TCK madde 7/2 de *“suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğü giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur”* ifadesi yer almaktadır.

²⁸² Selçuk (2012), s. 39.

²⁸³ Kunter vd. (2010), s. 1657.

Bu bağlamda infaz edilmekte olan kesinleşmiş hükümler bakımından lehe kanunun uygulanması yöntemine, kanunda yer almamakla uyarlama yargılaması adı verilmektedir.²⁸⁴

Uyarlama yargılaması cezanın infazı aşamasında gerçekleşmesi kaçınılmazdır.²⁸⁵

Uyarlama yargılaması kararlarının temyizi üzerine aleyhe değiştirme yasağının geçerli olup olmayacağı konusunda, 1 Haziran 2005 tarihine kadar 1412 sayılı CMK'nin 326/4. maddesinde “sanık” ifadesinin bulunduğu, “hükümlü” ifadesine yer verilmediği için ve uyarlama kararları da infaza dair olduğu için aleyhe değiştirme yasağının bu durumda uygulanamayacağına Yargıtay tarafından karar verilmiştir.²⁸⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, cezaların infazına dair olan uyarlama yargılamasında CMK'da sanık yararına kabul edilen aleyhe değiştirme yasağının geçerli olmayacağına dair, şu kararı vermiştir; “CYUY'nın 326/son maddesinde belirtilen, lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı uyarlama kararlarının temyizi halinde geçersizdir.

Bu kuralın düzenlendiği fıkra; "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tâyin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz" hükmüne yer verilmiştir. Görüleceği üzere, bu ilke sanıklar yönünden kabul edilmiştir. Sanık, hakkında henüz kesinleşmiş bir hüküm bulunmayan kişidir. Hâlbuki uyarlama yargılaması, hakkında kesinleşmiş ve infaz yeteneği bulunan bir mahkumiyet hükmü verilmiş kişilerle, başka deyişle hükümlülerle ilgilidir. Yasadaki mevcut

²⁸⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20.06.2006 tarih ve 2006/10-124 Esas ve 2006/165 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 03.05.2013); “1 Haziran 2005 tarihinden önce uyarlama yargılaması, Adalet Bakanlığının 15 Ocak 1945 tarihli ve 1 sayılı genelgesi uyarınca kaldırılan 765 sayılı TCK'nın 402. ve 405. maddelerine yapılmaktaydı. 1 Haziran 2005 tarihinden sonra ise 2004/5275 sayılı CGİK' nin 98. ve 101, 2004/5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddelerine göre yapılacaktır.” Selçuk (2012), s. 63.

²⁸⁵ Selçuk (2012), s. 66.

²⁸⁶ Kararlar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.04.1950 tarih ve 1950/324 Esas ve 1950/124 Karar sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.03.1971 tarih ve 1971/103 Esas ve 1971/126 Karar sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.03.1998 tarih ve 1998/ 40 Esas ve 1998/137 Karar sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08.10.2002 tarih ve 2002/179 Esas ve 2002/154 Karar sayılı kararı. Selçuk (2012), s. 63.

düzenleme karşısında, bu prensibin yorum ve kıyas yöntemiyle genişletilmesi mümkün değildir ve hükümlüler bakımından uygulanamaz.

Bu atıfet Yasa Koyucu tarafından, sadece sanık sıfatı henüz sona ermeyenlere tanınan bir sınırlı haktır. Bu niteliği nedeniyle de genişletilmeye elverişli olmayan istisnai haklar cümlesindendir.

Bu nedenle Yasa Koyucu'nun iradesi dışında bir genişletmeye konu edilmesi, "ceza yargılaması hukukunda kıyasın geçerliliği ilkesi"ne dayanılarak hükümlülere de teşmil olunması ve böylece suçunun sübutu kesinleşen ve hakkındaki mahkûmiyet kararı kamunun takibine tevdi edilenlerin de, sadece lehteki yasa kapsamından değil ve fakat yeni hatalı uygulamalardan da yararlanabilir duruma kavuşturulması hak ve adalet ölçüleriyle bağdaşmayacak, ceza hukukunun toplum yararı ve düzenini sağlama hedefiyle de çelişecektir.

Açıklanan nedenlerle, "hükümlüyü" "sanığa" kıyaslamanın doğru ve olanaklı bulunmadığını ve sonradan yürürlüğe giren lehteki yasa nedeniyle yapılan uyarlama yargılamasında, aleyhe bozma yasağından yararlanmasının, Yasa Koyucu'nun amacıyla ve bu amaç doğrultusunda oluşan Yargıtay içtihatlarıyla bağdaşmayacağını kabullenmek icap eder.”²⁸⁷

Uyarlama yargılamasında lehe kanunun tespiti bakımından sanığın lehine bir uygulama yapılması amaçlanmaktadır. Aleyhe değiştirme yasağının olağanüstü kanun yollarından yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozmada geçerli olması karşısında uyarlama yargılamasında hükümlü açısından da uygulanması mümkün olmalıdır.

6. Tazminat Yönünden Aleyhe Değiştirme Yasağı

CMK m. 100’de düzenlenen tutuklama kuvvetli suç şüphesi²⁸⁸ ile tutuklama nedeninin bulunması halinde başvurulacak bir koruma tedbiridir. Hangi hallerde tutuklama nedeninin var sayıldığı da yine CMK madde 100’de belirtilmiştir.

²⁸⁷ YCGK . 20.06.2006. T., 2006/10-124 E., 2006/165 K. Selçuk (2012), s. 63.

²⁸⁸ “Kuvvetli şüphe, kişinin suçu işlediği hususunda yüksek bir olasılığı gerektirir. Muhakeme sonunda, sanığın mahkûm olması kuvvetle muhtemelse, kuvvetli suç şüphesinin varlığından söz edebiliriz. Buradaki şüphe, tutuklamanın talep edildiği ya da tutuklamaya karar verildiği andaki ve kişinin tutuklu

Kişi özgürlüğüyle ve failin cezasını çekmesindeki kamu yararıyla yakından ilgili olan tutuklama, ceza muhakemesinin yürütülmesi ve muhakemenin sonunda verilme ihtimali olan cezanın infazı için zorunlu durumlarda uygulanır. Ancak kişi özgürlüğüne bu kadar ağır müdahale teşkil eden bu tedbir uygulanırken usulsüzlükler yapılması da söz konusu olabilmektedir. Yapılan usulsüzlüklerin de tazmini gerekmektedir.²⁸⁹ Anayasa m. 19'da da kişi hürriyeti ve güvenliği başlığında bu husus, “... *Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.*” ve 2001 yılında yapılan değişiklikle maddenin devamında Anayasa'da ve kanunda belirtilen esaslar dışında bir işleme maruz kalan kişilere tazminat hukukunun genel esaslarına göre tazminat ödenmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır.²⁹⁰

5271 sayılı kanunda 141 ve devamında koruma tedbirleri nedeniyle tazminat bölümünde düzenlenen kurum, CMUK döneminde 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmekteydi.

Tutuklama koşullarının ve sebeplerinin bulunmamasına rağmen, tutuklama tedbirine başvurulması yani kanunsuz tutuklama, ya da isnadın bildirilmemesi, kanuni sürede hâkim önüne çıkarılmaması gibi usulsüz tutuklama halleri devlet tarafından tazminat ödenmesini gerektiren sebeplerdir.²⁹¹

Aleyhe değiştirme yasağı açısından değerlendirme yaptığımızda, yasağın sanık açısından ve cezaya ilişkin olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Bu bakımdan haksız tutuklama, tutma vb. koruma tedbirlerinin usulsüz ya da kanunsuz uygulanması sebebiyle, ceza mahkemeleri tarafından hükmedilecek tazminatların aleyhe değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir.²⁹²

kaldığı süre boyunca devam eden bir şüphedir.” C. Şahin (2012). *Ceza muhakemesi hukuku* I. (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi. s. 225.

²⁸⁹M. Feyzioğlu (1993). Tutuklamadan doğan zararların giderilmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, 1, s.121. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1993-1/4.pdf>

²⁹⁰ Anayasa madde 19. <http://www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm> (Erişim tarihi: 30.04.2013)

²⁹¹ Feyzioğlu (1993), s. 125.

²⁹² Keskin (2001), s. 419.

765 sayılı TCK döneminde, haksız tutuklamadan dolayı hükmedilen tazminatı temyiz eden devlet hazinesi açısından CMUK madde 326/son gereğince kazanılmış hakka dayanarak temyizden sonraki hükmün devlet hazinesi aleyhine olamayacağına hükmeden Yargıtay'ın *“Davanın yanlış mahkemeye açılması sonucu yetkisiz mahkemece haksız tutuklanma nedeniyle verilen tazminata ilişkin karar, istek sahibi tarafından temyiz edilmediğine göre davacı bu miktarı kabul etmiş ve hazine lehine kazanılmış hak doğmuştur. Bu nedenle hazinenin temyizi üzerine yetki yönünden yapılan bozmadan sonra mahkemenin tazminat miktarını artırması usule aykırı düşer.”*²⁹³ şeklindeki kararını Keskin'in dediği gibi aleyhe değiştirme yasağının esasına uygun bulmuyoruz.²⁹⁴

Haksız tutuklama nedeniyle tazminat davasının ceza mahkemesinde görülmesi, uyuşmazlığı özel hukuk uyuşmazlığından çıkarıp ceza hukuku uyuşmazlığına dönüştürmez. Haksız tutuklama nedeniyle tazminat davasında haksız tutuklanan davacı, hazine de davalıdır. Aleyhe değiştirme yasağını şahsi hak niteliğinde olan bu tür davalarda da uygulamak istisnai hüküm olan aleyhe değiştirme yasağını genişletmek anlamına gelir.²⁹⁵

7. Aleyhe Değiştirme Yasağının Diğer Hukuk Dallarında Düzenlenişi

Aleyhe değiştirme yasağı yalnız ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren bir yasak olmayıp aynı zamanda medeni usul hukukunda ve idari yargılama hukukunda tartışılan bir husustur.

7.1. Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı

Ceza muhakemesi hukukunda kanuni olarak düzenleme altına alınan aleyhe değiştirme yasağı, medeni usul hukukunda kanuni düzenleme olarak yerini alamamıştır.

²⁹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.02.1976 tarih ve 1976/7-14 Esas ve 1976/29 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 01.05.2013)

²⁹⁴ Keskin (2001), s. 419.

²⁹⁵ Keskin (2001), s. 419; Kunter (1983), s. 401.

Her ne kadar doktrinde de geniş olarak inceleme alanı bulduğu söylenemese de Yargıtay tarafından kabul edilmiş bir ilkedir.²⁹⁶

Medeni usul hukukçularınca da latince “reformatio in peius” olarak ifade edilen ilkeye dair terim sorunu bulunmaktadır. Zira “aleyhe bozma yasağı” ifadesine yer verildiğinde bir ilk derece mahkemesi kararının kanun yolu başvurusu sonrasında, kanun yoluna başvuranın aleyhine olarak üst derece mahkemesi tarafından kendiliğinden değiştirilmesi anlaşılmaktadır.²⁹⁷

Oysa “reformatio in peius yasağı” ilk derece mahkemesi kararıyla elde edilen durumun korunması anlamına gelmektedir. Amaç, kanun yoluna başvuru sonrasında yapılacak yargılamayla ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlar kanun yoluna başvuran tarafın durumunun ağırlaştırılmamasıdır.²⁹⁸ İlkeye dair aleyhe bozma yasağı²⁹⁹, aleyhe karar verme yasağı³⁰⁰ ifadesini tercih edenler olmuştur.

Aleyhe değiştirme yasağı Türk hukukunda temyiz ve karar düzeltme açısından kabul edilmekte, taraflardan birinin kanun yoluna başvurusu halinde ilk derece mahkemesi kararının yalnızca kanun yoluna başvuran tarafın lehine bozulabileceği anlamına gelmektedir.³⁰¹ Ancak diğer tarafın da kanun yoluna başvurusu durumunda, aleyhe değiştirme yasağı söz konusu olmaz.³⁰²

Aleyhe bozma yasağının ise dar ve geniş anlamda aleyhe bozma yasağı olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğunu görmekteyiz. Dar anlamda aleyhe bozma yasağı, taraflardan yalnız birinin kanun yoluna başvurduğu hükmün başvuranın aleyhine bozulamamasını ifade ederken, geniş anlamda aleyhe bozma yasağı ise taraflardan sadece birinin kanun yoluna başvurusu halinde, bozmaya uyan ilk derece

²⁹⁶ B. Kuru (1973). Hukuk usulünde aleyhe bozma yasağı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30(1-4), s. 135 vd. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1973-30-01-04/AUHF-1973-30-01-04-Kuru.pdf> (Erişim tarihi: 01.05.2013)

²⁹⁷ T. Akkaya (2009). *Medeni usul hukukunda istinaf*. Ankara: Yetkin yayınları, s. 224; M. K. Yıldırım (1993). Medeni usul hukukunda reformatio in peius yasağı, *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, s. 147.

²⁹⁸ Akkaya (2009), s. 224 vd.

²⁹⁹ Kuru (1973), s. 135 vd; B. Kuru vd. (2006). *Medeni usul hukuku* (17. baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 764.

³⁰⁰ Akkaya (2009), s. 224 vd.

³⁰¹ Kuru vd. (2006), s. 764.

³⁰² C. Akil (2010). *İstinaf kavramı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 154.

mahkemesinin, kanun yoluna başvuran tarafın durumun daha ağırlaştırıcı bir karar verememesini ifade etmektedir.³⁰³

Aleyhe değiştirme yasağının hukuki dayanağı ise çeşitli şekillerde açıklanmaya çalışılmıştır. Medeni usul hukukunun amacı, kanun yolunun hukuki niteliği, kesin hüküm, katılma, tasarruf ilkesi³⁰⁴, hakkaniyet ve amaca uygunluk düşünceleriyle aleyhe değiştirme yasağı hukuki olarak temellendirilmek istenmiştir.³⁰⁵

Aleyhe değiştirme yasağı medeni usul hukukunda da kazanılmış hakka dayandırılmaya çalışılmıştır. Usuli kazanılmış hak kavramı, Yargıtay içtihatlarıyla ortaya çıkmıştır ve Kuru, usuli kazanılmış hakkı; *“Vermiş olduğu hüküm Yargıtay’ca bozulan ve Yargıtay’ın bozma kararına uyan hukuk mahkemesi, bozma kararı gereğince inceleme yapmak ve hüküm vermek zorundadır. Mahkeme bozmaya uyma kararından dönerek, direnme kararı veremeyeceği gibi hükmün kesinleşmiş olan kısımları hakkında da yeni bir karar veremez, buna usuli müktesep hak denir.”*³⁰⁶ şeklinde tanımlamıştır.

Yargıtay’ın aleyhe değiştirme yasağını kazanılmış hakka³⁰⁷ dayandırması eleştirilmektedir.³⁰⁸

³⁰³ Akkaya (2009), s. 225; Kuru (1973), s. 136.

³⁰⁴ “Tasarruf ilkesi, hakimın re’sen harekete geçerek bir davaya bakamayacağını, taraflardan birinin dava açması halinde harekete geçebileceğini ve tarafların talepleriyle hakimın bağlı olmasını ifade eden bir ilkedir.

³⁰⁵ Yıldırım (1993), s. 148 vd.

³⁰⁶ B. Kuru (1974). Usuli müktesep hak (Usule ilişkin kazanılmış hak). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Dr. Recai Seçkin’e Armağan*, s. 395. <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/recai-seckin-armagani/kuru.pdf> (Erişim tarihi: 01.05.2013)

³⁰⁷ “HUMK.’nda usuli kazanılmış hak kurumuna ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bu kurum, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ve öğretide kabul görmüş, usul hukukunun vazgeçilmez ana ilkelerinden biri haline gelmiştir.

Usuli kazanılmış hak kuralının hukuki sonuç doğurması için; bir davada, ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık ve net biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir.

Somut olaya açıklanan bu ilkeler çerçevesinde bakıldığında; davacının "kira kaybının giderimi" talebi eldeki davaya konu olup, sonuçlanan davada bu konuda yapılmış bir irdeleme ve verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Sonuçlanan asıl davada "kira kaybının giderimi" istemi açıkça ayrılan eldeki davaya bırakılmış; bu hususa asıl davada verilen karar gerekçesinde açıkça yer verilmiş; tefrik kararını takiben

İstinaf açısından değerlendirme yapıldığında, istinaf yargılaması sonunda, bozma ve bozmaya uyma gibi durumlar söz konusu olmayacağından, buna bağlı olarak da usuli kazanılmış haktan bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir.³⁰⁹

7.2. İdari Yargılama Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı

İdari yargılama hukukunda, kararlara karşı çeşitli başvuru yolları bulunmaktadır.³¹⁰ İdari kararlara karşı başvuru yollarından biri olan kanun yolları bahsinde aleyhe değiştirme yasağı ve usuli kazanılmış hak ilkesi gibi kavramlar karşımıza çıkmaktadır.

Bir davada yargılama makamının ya da taraflardan birinin gerçekleştirdiği bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine diğeri aleyhine doğan ve buna uyulması gereken usul kuralı usuli kazanılmış hak olarak adlandırılmaktadır.³¹¹

Aleyhe değiştirme yasağına ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi usuli kazanılmış hak kavramı kanunda yer almamakla birlikte Yargıtay içtihatlarıyla ortaya çıkmış ve geliştirilmiş bir kavramdır.³¹²

verilen esas hükümle birlikte de ayrıca ve açıkça davacının fazlaya ilişkin hakları da saklı tutulmuştur. Taleplerinden biri sonuçlandırılıp, diğer talebi açıkça ayrılan davacının ayrılan talebine yönelik olarak; bu taleple ilgisi kalmayan dava dosyasında herhangi bir aşamada karşı çıkması beklenemez. Bu nedenle davacının asıl dosyadaki beyanları ve usuli işlemleri nedeniyle davalı yararına gerçekleşecek bir usuli kazanılmış hakkın varlığından söz etmeye de olanak yoktur. Yerel mahkemece hiçbir araştırma ve inceleme yapılmadan usuli kazanılmış hakkın varlığından bahisle davanın reddedilmesi hatalıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2006 tarih ve 2006/15-275 Esas ve 2006/366 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 01.05.2013).

³⁰⁸ Akkaya (2009), s. 230 vd.

³⁰⁹ Akkaya (2009), s. 236.

³¹⁰ Z. Odyakmaz (1993). *Türk idari yargılama usulünde kararlara karşı başvuru yolları* (1. baskı). İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, s. 38 vd.

³¹¹ İ. Öztürk (2008). İdari yargıda temyiz incelemesinin usuli kazanılmış haklar açısından sınırlanması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), s. 1037.

http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_38.pdf (Erişim tarihi: 01.05.2013)

³¹² “.... I - Bir mahkemenin Temyiz Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince karar verme mükellefiyeti meydana gelir ve bu itibarla mahkemenin sonraki hükmünün bozmada gösterilen esaslara aykırı bulunması, usule uygun sayılamaz ve bozma sebebidir, meğer ki bu

İdari yargılama hukukunda ise usuli kazanılmış hakka ilişkin tartışmalar ancak 1982 yılındaki değişikliklerden sonra başlamıştır. Zira idari yargılama hukukunda iki dereceli yargılama sistemine 1982 yılında geçilmiş ve bozmaya uyma, direnme gibi kavramlar hukuk yargılamasından uzunca bir süre sonra idari yargı alanına girmiştir.³¹³

Kaplan, Danıştay bozma kararları ilk derece mahkemeleri tarafından, adeta bir emir gibi algılandığı için idari yargıda kazanılmış hakkın varlığının söz konusu olamayacağını düşünmektedir.³¹⁴

İdari Yargılama Usul Kanunu'nda aleyhe değiştirme yasağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. İYUK m. 31'de hangi hallerde HUMK'un uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi medeni usul hukukunda da aleyhe değiştirme yasağına ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle de her iki yargılama usulünde de ilkenin yargısal içtihatlarla ortaya çıktığını ve geliştiğini görmekteyiz.

Öztürk, ilkenin yeknesak bir biçimde uygulanması durumunda; kanun yolu başvurusu sonrasında maddi ve hukuki sebeplerde bir değişiklik bulunmuyorsa idarenin tüm kararlar hakkında yoğun bir biçimde kanun yoluna başvuru noktasındaki uygulamadan vazgeçeceğini düşünmektedir.³¹⁵

Yeknesak bir uygulamanın sağlanması açısından, aleyhe değiştirme yasağına ilişkin kanuni bir düzenleme yapılması tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

aykırılık sadece bozma kararında gösterilen bir usul kaidesine ilişkin bulunsun ve son kararın neticesini değiştirecek bir mahiyet arz etmesin. Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usuli müktesep hak yahut usule ait müktesep hak denilmektedir. Usul Kanunumuzda bu şekildeki Usule ait müktesep hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de Temyizin bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait müktesep hak müessesesi; usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamıyla da ilgilidir.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 09.05.1960 tarih ve 1960/21 Esas ve 1960/9 Karar sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 02.05.2013)

³¹³ Kaplan (2004), s. 135 vd.

³¹⁴ Kaplan (2004), s. 136 vd.

³¹⁵ İ. Öztürk (2008), s. 1040.

Sonuç

İlk derece yargılamasında karar veren hâkimlerin, hata yapabilecekleri gerçeği karşısında kanun yollarına ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır, zira "hata insan içindir". Bu nedenle de, ceza muhakemesi hukukunda hatalı kararların, bir kanun yolu incelemesinden geçmeksizin kesinleşmesinin engellenmesi amacıyla iki dereceli yargılama sisteminin kabulü gereklidir.

Türkiye'nin imzaladığı fakat henüz onaylamadığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 7 No'lu Protokol'ün 2. maddesi gereğince cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı kabul edilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olacağı, ifade edilmiştir.

Gerek uluslararası zorunluluklar gerekse de anayasal ve kanuni düzenlemeler nedeniyle, kanun yolları ceza muhakemesi hukukunun önemli kurumlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlk kez Roma hukukunda adı geçtiği düşünülen aleyhe değiştirme yasağı da kanun yollarının varlığını anlamlı hale getiren bir ilkedir. Latince 'reformatio in peius' olarak ifade edilen kavramla ilgili doktrinde farklı terimler kullanılmaktadır. Kurumun tam olarak yargılamanın hangi aşamasında geçerli olduğundan hareketle "aleyhe değiştirme yasağı" ifadesinin kullanılmasının yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu terimin; hüküm hakkında yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde üst derece mahkemesi tarafından kararın bozulması üzerine, ilk derece mahkemesinin önceki hükümde belirlenen cezadan daha ağır bir ceza veremeyeceği anlamını, içerdiğini düşünüyoruz. Bu nedenle de özellikle aleyhe bozma kavramının ilkeyi tam olarak ifade etmediğini belirtmemiz gerekir. Zira “aleyhe bozma” kavramı tercih edildiği takdirde, ilke Yargıtay incelemesi aşamasında geçerli olacaktır, yani yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, sanığın aleyhine kararın bozulamayacağı anlamına gelecektir.

Doktrinde hüküm hakkında sanık lehine kanun yoluna başvurulmasının yanı sıra sanık aleyhine başvuru bulunsa da, hükmün üst derece mahkemesi tarafından sanık lehine bozulması halinde ilk derece mahkemesi tarafından aleyhe değiştirme yasağının olup olmayacağı hususu tartışılmıştır. Bu konuda farklı görüşler olsa da kanuni

düzenleme olmadığından lehe bozma sonrası aleyhe değiştirme yasağı söz konusu olmayacaktır.

Türk hukukunda aleyhe değiştirme yasağına ilişkin kanuni düzenlemenin bulunmadığı Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, içtihat yoluyla uygulama alanı bulan ilkenin 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanununda düzenlenmesiyle, kanuni nitelik kazanması yerinde olmuştur.

Aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesinde temel amaç, sanığın kanun yoluna başvurma hususunda herhangi bir çekince yaşamaksızın özgürce hareket edebilmesini sağlamaktır. Kanun yoluna başvurduktan sonra, hakkında verilen cezanın daha da ağırlaşacağı tehlikesi, sanığı kanun yoluna başvurmaktan alıkoyacaktır. Bu nedenle de yasağın kabulü sanık açısından kanun yolu kurumunun işlerliğini sağlayacaktır. Aksi takdirde cezanın daha da ağırlaşması ihtimalinden korkan sanık, kanun yoluna başvurmayacak ve böylelikle de hukuki hataların ortadan kaldırılması zorlaşacak ya da imkânsız hale gelecektir.

Aleyhe değiştirme yasağı adalet ve hakkaniyet, hukuk devleti, hukuksal iyilik ve kazanılmış hak gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Biz de, hukuk devleti ve demokratik devlet anlayışının kabul edildiği sistemlerde, kanunlar ve uluslararası sözleşmelerle tanınmış olan kanun yoluna başvuru hakkını kullanan sanığın başvuru sonrasında durumunun ağırlaşacağı kaygısı yaşamaksızın, tereddütsüz bir biçimde hareket etmesini sağlamak açısından, aleyhe değiştirme yasağının kabulünün kaçınılmaz olduğunu düşünüyoruz. Aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmediği bir ceza muhakemesi sisteminde sanığın kanun yoluna başvuru hakkı simgesel düzeyde kalacaktır. Çünkü sanık, hakkında verilen kararın yanlış veya haksız olduğunu düşünse bile kanun yoluna başvurduktan sonra, daha fazla ceza alma ihtimalini düşünerek başvuru hakkını kullanmaktan imtina edecektir.

Doktrinde kural lehine görüşler olduğu gibi kuralın aleyhine görüşler olsa da kuralın olmaması kanun yollarını anlamsız hale getireceğinden, kural lehindeki görüşlere katılmamak mümkün değildir.

Aleyhe değiştirme yasağının düzenlendiği kanun yollarına ilişkin genel hükümlerde Cumhuriyet Savcısının kanun yoluna başvurmasıyla ilgili olarak CMK m. 265'de, temyize ilişkin CMK m. 307'de, istinafa ilişkin CMK m. 283'de, kanun yararına bozmaya ilişkin CMK m. 309/4-b ve yargılamanın yenilenmesine ilişkin CMK

m. 323'de cezanın ağırlaştırılamayacağı ifade edilmiştir. İtiraz kanun yolunda, aleyhe değiştirme yasağı kabul edilmemiştir. Bu bağlamda itiraz başvurusu, sadece sanık lehine yapılmış olsa da, sanığın aleyhine karar verilmesine engel bir düzenleme mevcut değildir.

Sadece sanık lehine kanun yoluna başvurulması halinde, bozma kararı sonrasında yeni verilecek hükümde sonuç ceza bakımından aleyhe değiştirme yasağı mevcut olsa da suçun hukuki niteliğinin değişmesi mümkündür. Yani suçun maddi ya da manevi unsurunun değişmesi ya da ihlal edilen kanun maddesinin farklı olduğunun ortaya çıkması gibi nedenlerle fiilin hukuki nitelendirmesi değişebilecektir. Bu bağlamda aleyhe değiştirme yasağı nedeniyle, cezanın ağırlaştırılamayacağı öngörüldüğünden, bozma kararı sonrası uygulanacak olan yaptırım ve niteliği bakımından sınırlandırma getirilmiştir.

Maddi hatalar konusunda da her ne kadar Yargıtay'ın maddi hataları aleyhe değiştirme yasağı kapsamında gördüğü ve kapsam dışında tuttuğu kararlara rastlansa da, biz maddi hataların yasağın kapsamı dışında tutulması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü maddi hatalarda hâkimin iradesi dışında gerçekleşen bir durum söz konusudur. Oysa örneğin fiilin hukuki nitelendirmesi konusunda farklılık olması halinde hâkim iradesini ortaya koymaktadır.

Aleyhe değiştirme yasağı ve lehe kanun uygulaması ilişkisi açısından da, ceza hukukunda kanunların geriye yürüme yasağı mevcut olmasına rağmen lehe kanunun geriye yürümesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda lehe kanunun tespiti önem taşımaktadır.

Ceza hukukunda, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesine rağmen lehe olan kanunun geçmişe uygulanabilirliği karşısında, aleyhe değiştirme yasağının kabulü de doğal bir olgudur.

Aleyhe değiştirme yasağı konusunda en çok tartışma konusu olan, doktrince eleştirilen ve fakat Yargıtay kararlarına dayanak olan husus ilkenin kazanılmış hak kapsamında değerlendirilmesidir. Zira kazanılmış hak kavramı kanunda yer almamasına rağmen içtihatlarla oluşturulmuş bir kavramdır.

Kazanılmış hak, bir davada yargılama makamının ya da taraflardan birinin gerçekleştirdiği bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine diğeri aleyhine doğan ve buna uyulması gereken usul kuralı olarak tanımlanmaktadır.

Biz de, her ne kadar Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında ilke kazanılmış hakka dayandırılmaktaysa da, gerek Ceza Muhakemesi Kanununda, gerek Anayasa'da adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyeti bağlamında, gerekse de Uluslararası Sözleşmelerde güvence altına alınan kanun yoluna başvuru hakkının sanık tarafından tereddütsüz ve korkusuzca kullanılmasını sağlayan bir hukuki düzenleme olduğunu düşünmekteyiz.

Yargıtay kararlarında ceza miktarı, ceza türü, cezanın ertelenmesi, ertelenmiş cezanın aynen infazına karar verilmesinin unutulması halinde lehe temyiz sonrası yeniden verilecek hükümde ertelenmiş cezanın infazına karar verilmesi, lehe temyiz üzerine, bozma sonrası cezanın alt sınırının dışına çıkılması, lehe temyiz öncesinde tekerrür hükümlerinin unutulmuş olması halinde bozma kararı sonrasında tekerrür hükümlerinin uygulanması, lehe bozma öncesi kararda yer alan hafifletici sebebin sonraki hükümde yer almaması, ağırlatıcı sebebin bozmadan sonraki hükümde uygulanması, görev yönünden bozma halinde de sonuç ceza bakımından kazanılmış hakkın gözetilmesi şartı aranmıştır. Biz saydığımız hususların aleyhe değiştirme yasağı kapsamında tutulması konusunda yerleşik uygulamayla hem fikir olmakla birlikte, esasının yukarıda değindiğimiz gibi kazanılmış hak olmayıp sanığın korkusuzca kanun yollarına başvurmasının sağlanmasına dayandığını düşünmekteyiz.

Suçun hukuki niteliği, cezaların toplanması, ceza muhakemesi kurallarındaki değişiklikler, aleyhe temyiz söz konusu olması, infaza dair durumlar, muhakeme giderleri ve güvenlik tedbirleri Yargıtay kararlarında kazanılmış hak kapsamı dışında tutularak aleyhe değiştirme yasağına dâhil edilmemiştir. Sonuç ceza bakımından cezanın ağırlaştırılmaması koşuluyla suçun hukuki niteliğinin değişmesi mümkündür. Aleyhe temyiz ve Yargıtay'ın kazanılmış hak kapsamında değerlendirmede diğer hususlara biz de katılıyoruz. Ancak, ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri konusunda Yargıtay'ın aleyhe değiştirme yasağı kapsamında değerlendirmeme yönündeki uygulamasının sakıncalarını ortadan kaldırmak açısından kanunda güvenlik tedbirlerini de yasak kapsamında değerlendirmeyi sağlayacak bir hükmün konulması yasağın tam anlamıyla yerini bulması açısından önem ifade etmektedir. Çünkü güvenlik tedbirleri 5237 sayılı kanunda bazen ceza yerine bazen de cezayı tamamlayıcı olarak uygulanmaktadır. Cezanın türü ve miktarı açısından önceki karara göre daha ağır olmamak kaydıyla kanun değişiklikleri aleyhe değiştirme yasağının ihlali anlamına

gelmeyecektir. Ceza muhakemesi kanunundaki değişiklikler de gerek cezayla ilgili olmadıklarından gerekse de ceza muhakemesi kurallarının derhal uygulanması sebebiyle aleyhe değiştirme yasağına aykırılık teşkil etmeyecektir. Muhakeme giderleri ve cezanın infazına ilişkin kuralların da aleyhe değiştirme yasağının kapsamı dışında tutulması yerindedir. Aleyhe temyiz söz konusu olması halinde de yasağın geçerli olması mümkün değildir.

Yasağın uygulandığı kanun yolları bakımından dikkatimizi çeken bir husus bulunmaktadır. CMK 307/4. maddesinde temyize ilişkin olarak aleyhe değiştirme yasağına ilişkin olarak hükmün “yalnız” sanık lehine temyiz edilmesinden bahsedilirken istinafla ilgili olarak CMK 283. maddede “yalnız” ifadesine yer verilmemiştir. Yargılamanın yenilenmesine ilişkin düzenlemede de aynı ifadeye yer verilmediğini görmekteyiz. Bu ifadenin unutulduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle de ifade kanuna eklenmeli ve yol açacağı tereddütler ortadan kaldırılmalıdır.

Aleyhe değiştirme yasağının kişi bakımından uygulamasının değerlendirilmesinde de yasak sadece sanık lehine yapılan kanun yolu başvurusunda geçerli olacağından, sanık, sanık müdafii, sanığın eşi veya yasal temsilcisi ile Cumhuriyet Savcısının sanık lehine kanun yoluna başvurusu halinde geçerli olacaktır.

İnfaz edilmekte olan kesinleşmiş hükümler bakımından lehe kanunun uygulanması yöntemine uyarlama yargılaması adı verilmektedir. Uyarlama yargılamasında Yargıtay, aleyhe değiştirme yasağının geçerli olmayacağı yönünde kararlar verese de yasağın bu aşamada da geçerli olması kanaatindeyiz. Zira yasak yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozmada yani olağanüstü kanun yollarında da geçerlidir, bu bağlamda hükümlüler hakkında da uygulanması yadırganmamalıdır.

Aleyhe değiştirme yasağı sanık açısından geçerli olan bir ilke olması ve cezaya ilişkin olması sebebiyle, haksız uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle tazminatlarda geçerli değildir.

Aleyhe değiştirme yasağının diğer hukuk dallarındaki düzenlemesine baktığımızda gerek medeni usul hukukunda gerekse de idari yargılama hukukunda yasağın kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Ancak her iki hukuk dalında da ilke, içtihatlar ve doktrin yoluyla geliştirilmiştir. Tereddütleri ortadan kaldırmak açısından her iki alanda da kanuni düzenleme yapılması ilkenin uygulanması açısından tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

Kaynakça

- Akil, C. (2010). *İstinaf kavramı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akkaya, T. (2009). *Medeni usul hukukunda istinaf*. Ankara: Yetkin yayınları.
- Akman, M. (2004). *Osmanlı Devletinde ceza yargılaması* (1. baskı). İstanbul: Eren Yayıncılık.
- Arslan, R. (1988). Kesin hüküm ihtiyacı ve yanılma gerçeği. *Ankara Barosu Dergisi*, 45(5-6), 722.
- Bıçak, V. (2011). *Suç muhakemesi hukuku* (2. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Centel, N. (1996). *Ceza muhakemesi hukukunda hâkimin tarafsızlığı*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Centel, N.; Zafer, H.; Çakmut, Ö. (2005). *Türk ceza hukukuna giriş*. (4. baskı). İstanbul: Beta Basımevi.
- Centel, N. ve Zafer, H. (2008). *Ceza muhakemesi hukuku* (6. baskı). İstanbul: Beta Basımevi.
- Cihan, E. ve Yenisey, F. (1997). *Ceza muhakemesi hukuku* (2. Baskı). İstanbul: Beta Basımevi.
- Cihan, E. (1999). *İnsan hakları ve ceza muhakemesi hukuku*. CmuK Sempozyumu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu. İstanbul: Beta Yayınevi, ss. 142-145.
- Çağlar, B. (1989). *Anayasa bilimi* (1. baskı). İstanbul: BFS Yayınevi.
- Çınar, A. R. (2009). Ceza yargılamasında istinaf yolu. *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Çınar, A. R. (2010). *Türk ve Alman ceza yargılama hukukunda istinaf* (1. baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Demircioğlu, Y. (2007). *Medeni usul hukukunda insan hakları ve adil yargılanma güvenceleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Donay, S. (1982). *İnsan hakları açısından sanığın hakları ve Türk hukuku* (1. baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Donay, S. (2010). *Ceza yargılama hukuku* (1. baskı). İstanbul: Beta Basımevi.

- Ercan, İ. (2012). *Ceza muhakemesi hukuku* (5. baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Erem, F. (1967). Aleyhe bozma yasağı. *Ankara Barosu Dergisi*, 24 (4), s.615-619.
- Erem, F. (1973). *Ceza usulü hukuku* (4. baskı). Ankara: Sevinç Matbaası.
- Feyzioğlu, M. (1993). Tutuklamadan doğan zararların giderilmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, 1, s.113-141.
<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1993-1/4.pdf>
- Feyzioğlu, M. (2006). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hakkında bazı tespit ve değerlendirmeler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (62), s. 27-61.
- Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve yargılama yöntemi* (7. baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Günay, E. (2000). *Uygulamada ve öğretide bozmanın sirayeti aleyhe bozma yasağı*. (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Günay, E. (2006). *Uygulamalı ceza davalarında hüküm kurma esasları ve hükmün bozdurulması (Ceza ve usul pratiği)*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Haklı Bayraktutan, S. (2003). *Ceza muhakemesi hukukunda kanun yolu olarak temyiz*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Hakeri, H. (2011). *Ceza hukuku genel hükümler* (10. baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Herke, C. and Toth, C. D. (2011). Theoretical and practical issues of the prohibition of reformatio in peius in Hungary, *Issues of business and law* 3.
- Kantar, B. (1957). *Ceza muhakemeleri usulü I* (4. baskı). Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası.
- Kaplan, G. (2004). İdari yargıda usuli kazanılmış hak. *Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), s.115-154.
http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004_VIII_6.pdf (Erişim tarihi: 02.03.2013)
- Karakehya, H. (2002). *Türk ceza muhakemesinde kanun yolu olarak itiraz*. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi.
- Karakehya, H. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil yargılanma hakkı bağlamında) ceza muhakemesinde duruşma* (1. baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.

- Karakurt, A. (2009). *Ceza muhakemesi hukukunda muhakemenin yenilenmesi* (1. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Katoğlu, T. (2008). *Ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması*. (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Keskin, S. (1997). *Ceza muhakemesi hukukunda temyiz nedeni olarak hukuka aykırılık* (1. baskı). İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Keskin, S. (2001). Ceza muhakemesi hukukunda reformatio in peius kuralı. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, s.409-420.
- Keskin Kızıroğlu, S. (2008). İnsan hakları konusunda Birleşmiş Milletler ve Avrupa bünyesinde uluslararası sözleşmelerdeki denetim mekanizmalarına genel bakış. *Uğur Alacakaptan'a Armağan,1*, İstanbul : Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.479-494.
- Keyman, S. (1970). *Ceza muhakemesinde (asıl ceza muhakemesinde) savcılık*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası.
- Kunter, N. (1952). Aleyhte düzeltme yasağı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 18 (3-4), s.664-679.
- Kunter, N. (1951). Aleyhte düzeltme yasağı ve vazife cihetinden bozma. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 17 (1-2), s. 436-445.
- Kunter, N. (1983). Ceza davasında avukatlık ücreti bakımından aleyhe bozma sorunu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 48-49 (1-4), s. 399-402.
- Kunter, N.; Yenisey, F.; Nuhoğlu, A. (2011). *Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi hukuku* (18. baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.
- Kuru, B. (1973). Hukuk usulünde aleyhe bozma yasağı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30(1-4), s. 135-144. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1973-30-01-04/AUHF-1973-30-01-04-Kuru.pdf>
- Kuru, B. (1974). Usuli müktesep hak (Usule ilişkin kazanılmış hak). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Dr. Recai Seçkin'e Armağan*, s. 395-409. <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/recai-seckin-armagani/kuru.pdf> (Erişim tarihi: 01.05.2013)

- Mahmutoğlu, F. S. (2008). Dava zamanasımı- lehe kanun- aleyhe bozma yasağı. *Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'Armağan*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.527-538.
- Odyakmaz, Z. (1993). Türk idari yargılama usulünde kararlara karşı başvuru yolları (1. baskı). İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Önder, A. (1973). *Muhakemenin iadesinde reform. (Muhakemenin Yenilenmesi). Cumhuriyetin Ellinci Yılında Ceza Adaleti Reformunun İlkeleri Sempozyumu Kanunyolları*. İstanbul, ss. 7-17.
- Özbek, V. Ö.; Kanbur, M. N.; Doğan, K.; Bacaksız, P.; Tepe, İ. (2005). *Yeni Türk Ceza Kanunun anlamı* (1. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özbek, V. Ö.; Kanbur, M. N.; Doğan, K.; Bacaksız, P.; Tepe, İ. (2012). *Ceza muhakemesi hukuku*. (4. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özbudun, E. (2004). *Türk Anayasa hukuku* (baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Özen, M. (2011). *Ceza muhakemesi hukukunda itiraz kanun yolu* (1. baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Öztürk, B. (2008). *Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku ders kitabı* (). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2008). *Uygulamalı ceza muhakemesi hukuku* (12. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, İ. (2008). İdari yargıda temyiz incelemesinin usuli kazanılmış haklar açısından sınırlanması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1-2), s. 1027-1043.
- Soyaslan, D. (2000). *Ceza muhakemeleri usulü hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Soysal, M. ve Ertuğrul, İ. (2011). *Anayasaya giriş* (3. baskı). Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- Selçuk, S. (1993). Kavramlar, adlandırmalar ve kararlara. *Yargıtay Dergisi* 19 (4), s. 403-439.
- Selçuk, S. (2012). *"Yaptırımı (cezayı) ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı" ve ülkemizdeki düzenlemeye ve uygulamaya eleştirel bir yaklaşım* (1. baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şahin, C. (2012). *Ceza muhakemesi hukuku I.* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Taner, M. T. (1955). *Ceza muhakemeleri usulü* (3. baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

- Tanör, B. ve Yüzbaşıoğlu, N. (2001). *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa hukuku* (1. baskı). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Taşkın, O.E.; Karakehya, H.; Özenbaş, N. (2011). *Ceza ve ceza muhakemesi hukuku*.(Ed: O. E. Taşkın ve İ. G. Şen), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını.
- Tezcan, D.; Erdem, M.R.; Sancakdar, O. (2004). Avrupa insan hakları sözleşmesi ışığında Türkiye'nin insan hakları sorunu (2. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Topuz, N. (2010). *Ceza muhakemesinde olağanüstü kanun yolları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi.
- Toroslu, N. (2005). *Ceza hukuku* (7. baskı). Ankara: Savaş Yayınları.
- Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2012). *Ceza muhakemesi hukuku* (10. Baskı). Ankara: Savaş Yayınları.
- Tosun, Ö. (1969). Ceza muhakemesi hukukumuzda kanun yollarının çeşitleri. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 35(1-4), s. 8-48.
- Tosun, Ö. (1976). *Türk suç muhakemesi hukuk dersleri, C 2* (2. baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Uygun, O. (2011). *Kamu hukuku incelemeleri* (1. baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Ünver, Y. Ve Hakeri, H. (2011). *Ceza muhakemesi hukuku* (4. baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenisey, F. (1979). *Ceza muhakemesi hukukunda istinaf ve tekrar kabulü sorunu* (1.baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Yenisey, F. (1988). *Uygulanan ve olması gereken ceza muhakemesi hukuku, Duruşma ve kanunyolları* (1. baskı) İstanbul : Beta Yayınevi.
- Yıldırım, M. K. (1993). Medeni usul hukukunda reformatio in peius yasağı, *Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. (147-177).
- Yurtcan, E. (1988). Ceza muhakemeleri usulü kanunu şerhi ve ilgili mevzuat. C:II. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Yurtcan, E. (2002). *Ceza yargılaması hukuku* (8. baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Yüce, T.T. (1967). *Türk- Alman ceza muhakemesi hukukunda kanun yolları* (1. baskı). Ankara: Ötüken Yayınevi.

- Yüce, T. T. (1968). *Ceza muhakemesi hukukunda hukuk devleti esasları*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Yayınları.
- Zafer, H. (2004a). Adil yargılanma hakkı ve savcının tarafsızlığı. *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- Zafer, H. (2004b). Ceza muhakemesi hukukunda temyiz sebebi olarak emredici usul kurallarına aykırılık. *Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan*. İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım.
- Zafer, H. (2011). *Ceza hukuku genel hükümler TCK m. 1-75* (2. baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.

Online Kaynaklar

- <http://www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm> (Erişim tarihi: 30.04.2013)
- <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> (Erişim tarihi: 07.02.2013)
- http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_05.html (Erişim tarihi: 10.02.2013)
- http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004_VIII_6.pdf (Erişim tarihi: 02.03.2013)
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim tarihi: 02.05.2013)
- <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1993-1/4.pdf> (Erişim tarihi: 01.05.2013)
- <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmeczua/article/view/4245/3836>
- <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv> (Erişim tarihi: 01.05.2013)
- http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_38.pdf (Erişim tarihi: 01.05.2013)

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesinin 25.05.1976 tarih ve 1976/1 Esas ve 1976/28 Karar sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesinin 27.03.1986 tarih ve 1985/31 Esas ve 1986 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.09.2006 tarih ve 2006/8-1999 Esas ve 2006/188 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.03.2005 tarih ve 2005/9-20 Esas ve 2005/27 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.04.2010 tarih ve 2010/8-72 Esas ve 2010/89 Karar sayılı kararı.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Kurulunun 08.02.1950 tarih ve 1950/21 Esas ve 1950/ 1 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 18.10.2011 tarih ve 2007/2033 Esas ve 2011/22054 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.09.1992 tarih ve 1992/5-190 Esas ve 1992/237 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08.10.2002 tarih ve 2002/1-179 Esas ve 2002/354 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.06.2007 tarih ve 2002/1-122 Esas ve 2007/153 Karar sayılı Kararı.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulunun 15.02.1950 tarih ve 1947/21 Esas ve 1950/1 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.12.2003 tarih ve 2003/1-270 Esas ve 2003/290 Karar sayılı kararı.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulunun 23.02.1938 tarih ve 1937/23 Esas ve 1938/9 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27.04.2010 tarih 2010/6-73 Esas ve 2010/97 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesinin 28.09.1988 tarih ve 1988/12 Esas ve 1988/32 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.04.2012 tarih ve 2011/12-378 Esas ve 2012/137 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.02.2010 tarih ve 2009/6-200 Esas ve 2010/32 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 19.07.2006 tarih ve 2006/671 Esas ve 2006/9816 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.11.2010 tarih ve 2010/2-180 Esas ve 2010/233 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.05.2010 tarih ve 2010/4-87 Esas ve 2010/112 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 01.10.1985 tarih ve 1985/6989 Esas ve 1985/7376 Karar sayılı kararı. .

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 01.03.1984 tarih ve 1984/1502 Esas ve 1984/2250 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 16.04.1985 tarih ve 1985/3273 Esas ve 1985/4205 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.03.2012 tarih ve 2011/13-384 Esas ve 2012/82 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 01.06.1987 tarih ve 1987/8-174 Esas ve 1987/331 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 29.11.1973 tarih ve 1973/6423 Esas ve 1973/9478 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.02.1972 tarih ve 1972/6-472 Esas ve 1972/113 Karar sayılı kararı.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 15.02.1950 tarih ve 1950/21 Esas ve 950/1 A. K. Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.11.1992 tarih ve 1992/3296 Esas ve 1992/ 314 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.09.1992 tarih ve 1992/5 Esas ve 1992/190-237 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 07.10.1993 tarih ve 1993/8925 Esas ve 1993/10647 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 5 . Ceza Dairesinin 06.06.1989 tarih ve 1989/3069 Esas ve 1969/3081 Karar sayılı kararı.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 01.03.1984 tarih ve 1950/21 Esas ve 1950/1 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.09.2001 tarih ve 2001/7-158 Esas ve 2001/167 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.07.1972 tarih ve 1972/ 1-84 Esas ve 1972/263 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.03.1977 tarih ve 1977/2-103 Esas ve 1977/126 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.11.1998 tarih ve 1998/1-282 Esas ve 1998/348 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.03.2004 tarih ve 2004/6-41 Esas ve 2004/70 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.02.1976 tarih ve 1976/7-14 Esas ve 1976/29 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.06.2006 tarih ve 2006/15-275 Esas ve 2006/366 Karar sayılı kararı.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulunun 09.05.1960 tarih ve 1960/21 Esas ve 1960/9 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 06.03.2012 tarih ve 2011/13-384 Esas ve 2012/82 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20.06.2006 tarih ve 2006/10-124 Esas ve 2006/165 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 13.01.2010 tarih ve 2009/10007 Esas ve 2010/4 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.04.1950 tarih ve 1950/324 Esas ve 1950/124 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.03.1971 tarih ve 1971/103 Esas ve 1971/126 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.03.1998 tarih ve 1998/ 40 Esas ve 1998/137 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08.10.2002 tarih ve 2002/179 Esas ve 2002/154 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.06.1950 tarih ve 1950/361-130 Esas ve 1950/121 Karar sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.12.2006 tarih ve 2006/11-301 Esas ve 2006/296 Karar sayılı kararı.