

**CEZA MUHALEMESİNDE ALEYHTE
DEĞİŞTİRME YASAĞI**
(Prohibition of Reformatio in Peius)

Seydi KAYMAZ*

ÖZET

Mahkemelerce verilen hükümlere karşı yasa yollarına başvurmak, gerek uluslararası metinlerde ve gerekse mevzuatımızda bir hak olarak kabul edilmiştir. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uyulması zorunlu olan AİHS'nin Ek-7. Protokolü'nde, yasal çarelere başvurmak bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak yasa yollarına başvuru üzerine hükmün aleyhine daha da ağırlaştırılabileceği kabul edildiğinde, sanık daha fazla ceza alabileceği korkusu ile yasa yollarına başvurmaktan çekinebilecek ve belki de haksız bir mahkumiyet hükmünü kabul etmek zorunda kalacaktır. İşte bu sakıncanın önüne geçilebilmesi amacıyla birçok ülkede ve bu arada ülkemizde, sanık lehine temyiz veya istinaf yoluna başvurulduğunda hükmün sanık aleyhine değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir. Aleyhte değiştirme yasağı veya literatürde yaygın kullanılan adıyla "*Reformatio in Peius*" ilkesinin amacı, sanığın sonuçta daha kötü bir duruma düşmek korkusuna kapılmaksızın yasa yollarına başvurma hakkını kullanmasına imkân tanımaktır. Ülkemizde uzun süredir uygulama alanı bulmasına rağmen, aleyhte değiştirme yasağının kapsamı ve uygulama alanı üzerindeki tartışmalar halen devam etmektedir. Bu çalışmamızda, aleyhte değiştirme yasağına ve hukuksal temeline ilişkin bilgiler verildikten sonra, lehe yasa yolu ve cezanın tespiti, yasağın kapsamı ve uygulama alanı üzerinde durulacak ve en sonda da bazı önerilerimize yer verilecektir.

Anahtar kelimeler: Aleyhte değiştirme yasağı, reformatio in peius, yasa yolu, temyiz, ceza, güvenlik tedbirleri, infaz rejimi, erteleme, tekrerrü.

Abstract

Filing appeal against the court decisions is accepted as a right both in the international texts and in our legislation. In the Protocol 7 of European Convention on Human Rights, resorting to the legal ways is given as a right. However, accepted that the punishment can be increased against the applicant

* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

upon filing an appeal, defendants refrain from pursuing the legal procedures and maybe they abide by a punishment which they do not deserve. To overcome this disadvantaged point, in our country like many other countries, it is accepted that when a defendant files an appeal, the punishment cannot be increased against the defendant. The purpose of prohibition to change the decision against defendants or as commonly mentioned in literature "Reformatio in Peius" principle is to pave the way for the defendants so that they do not refrain from using their legal rights for filing an appeal for the fear that they shall be given more punishment. Although it has been applied for a long time in our country, the discussion regarding the scope of prohibition on changing against the applicant defendant and its field of application is still going on. In this study, after giving information regarding the prohibition of changing the decision against the applicant defendants and its legal base; the legal way in favour of applicant and determining the punishment, scope of the law and field of application are analysed, and at the end, some of our recommendations are given.

Keywords: Prohibition on changing the decision against the applicant, reformatio in peius, legal remedy, appeal, punishment, security precautions, execute regime, suspending sentences of imprisonment, repeat offending.

I. GENEL OLARAK

Yerel mahkeme hükmü, istinaf veya temyiz mahkemesince bozulup, mahkemece buna uyulduğunda ortada hukuken geçerli bir karar mevcut olmayacaktır. Dolayısıyla mahkeme yeniden hüküm verirken, kural olarak ne önceden vermiş olduğu kendi kararıyla ne de istinaf veya temyiz mahkemesinin kararı ile bağlı olacaktır. Buna bozmadan sonra serbestlik kuralı da denilmektedir.¹ Ancak 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan² 1412 sayılı CMUK'nun 326/son maddesinde, "*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*" denilmektedir. Aynı hüküm 5271 sayılı CMK'nın 307/4 maddesinde, "*hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz*" şeklinde ifade edilmiştir. Yine CMK'nın 265. maddesine göre, "*... Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içermez.*" Buna göre, hüküm sanık veya sanık lehine C.Savcısı veyahut CMK'nın 262.

¹ Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bası, İstanbul 2010, s. 1782.

² 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesine göre, istinaf mahkemelerinin göreve başlaması tarihine kadar 322. maddesinin bazı fıkraları hariç, 1412 sayılı CMUK'nun 305 ila 326. maddeleri uygulanacaktır.

maddesinde yazılı sanığın yasal temsilcisi veyahut eşi tarafından sanık lehine temyiz edilmiş ise, bozma kararından sonra ilk kurulan hükümde yer alan cezadan daha ağır bir ceza tayin edilemeyecektir. Böylece bozmadan sonra serbestlik ilkesine bir sınırlama getirilmiştir.³ Sanık veya onun lehine yasa yoluna başvurulduğunda hükümün sanık aleyhine sonuç doğurmasını yasaklayan bu kural karşılaştırmalı hukukta genellikle “*reformatio in peius*” veya “*prohibition reformatio in peius*” olarak adlandırılmaktadır.⁴ Kural yalnızca temyiz yasa yolu bakımından değil, istinaf, (CMK 283 md) kanun yararına bozma (CMK 309/4 md) ve yargılamanın yenilenmesi (323/2 md) bakımından da geçerlidir. Buna göre, sanık lehine başvuru halinde istinaf, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi sonucu kurulacak yeni hükümdeki ceza da önceki hükümlerde yer alan cezadan daha ağır olamayacaktır.

“*Reformatio in peius*” olarak adlandırılan kuralın tarihi geçmişinin Roma Hukuku’na kadar uzandığı, Digesta’da bu yönde hüküm bulunduğu belirtilmektedir.⁵ Ancak bu hükmün, alt derece mahkemesinin kararını değiştirme etkisinin olup olmadığı veya ne ölçüde bu etkiye sahip olduğu hususunda bir açıklık olmadığı; 19. yüzyılın başlarına kadar bu kavramın ceza muhakemesi hukukunda bilinmediği ve ilk defa bu yüzyılın başlarında kullanıldığı da ifade edilmektedir.⁶

Latince’de “*reformatio*”, değiştirme, dönüştürme; “*peius*” ise kötü, fena anlamına gelmektedir. Buna göre *reformatio in peius*, “kötüye değiştirme” veya “kötüye dönüştürme” şeklinde Türkçeye çevrilebilir.⁷ Karşılaştırmalı hukukta İngilizce kaynaklarda, yasağı ifade etmek üzere “*reformatio in peius*” ifadesinin önüne İngilizce “yasak” anlamına gelen “*prohibition*” kelimesi eklenmek suretiyle “*prohibition of reformatio in peius*” terimi kullanılmaktadır. Türk doktrininde bu kural, “bozma sınırını aşmamak yasağı”⁸, “aleyhe bozma yasağı”, “aleyhe bozmamak zorunluluğu”⁹

³ Mahkeme, uymadan sonra vereceği son karar yönünden kural olarak serbesttir. Yani mahkeme, Yargıtay’ın görüşü ile bağlı olmadığı gibi uyma kararıyla tamamen ortadan kalkmış olan eski son kararı ile de bağlı değildir. “Uymadan sonra serbestlik ilkesi” adı verilen bu ilke, ceza muhakemesinde güdülen gerçeğin araştırılması ve en doğru kararın verilmesi amacının sonucudur. (Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası Ankara 2012, s.371). Bozmadan sonra serbestlik ilkesinin iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi son kararın bir eksiklik nedeniyle bozulması, diğeri de sanık lehine temyiz davası açılması halinde verilecek yeni hükümle belirlenecek cezanın öncekinden daha ağır olamamasıdır.

⁴ Almanya’da bu kurum “Das Verschlechterungsverbot” ve “Das Verbot der *reformatio in peius*”; İtalya’da “Il divieto della *reformatio in peius*” olarak; İngilizce hukuk terminolojisinde ve birçok ülkede “prohibition of the *reformatio in peius*” ve “*ban of the reformatio in peius*” olarak adlandırılmaktadır. Herke, Csongor/Toth, Csenge Theoretical and Practical Issues of the Prohibition of *Reformatio in Peius* in Hungary, Issues of Business And Law, Volume 3 (2011), s. 97. www.ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/3/4 (Erişim Tarihi: 2.3.2012).

⁵ Selçuk, Sami, Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt.1, Yıl.2, Sayı.7, Ekim 2001, s. 9-10; Herke/Toth, Prohibition of *Reformatio in Peius*, s. 95-96.

⁶ Herke/Toth, Prohibition of *Reformatio in Peius*, s. 95-96.

⁷ Selçuk, s.10; Herke/Toth, Prohibition of *Reformatio in Peius*, s. 96-97.

⁸ Yüce, Turhan Tufan, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanunyolları, Erzurum 1967, s. 166.

⁹ Erem, Faruk, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996, s.751.

“aleyhte düzeltme yasağı” ve “aleyhte değiştirmeme mecburiyeti” olarak adlandırılmıştır.¹⁰ Taner ise, “hükmü müktesep” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.¹¹ Selçuk, kuralın kapsamı dikkate alındığında hukukumuz bakımından “yaptırımı (ceza) ve sonuçlarını ağırlaştırmama kuralı” deyişinin isabetli olacağını belirtmektedir.¹² Yüksek Mahkememiz, “aleyhe bozma yasağı”, “aleyhe düzeltme yasağı” ve “aleyhe bozmama zorunluluğu” ifadelerini kullanmakta; sanık lehine temyiz üzerine verilen bozma kararından sonra bir önceki kararda yer alan cezadan daha ağır ceza verilememesini sanık lehine “kazanılmış hak”, “müktesep hak” olarak kabul etmektedir.¹³ Biz, gerek karşılaştırmalı hukukta kullanılan terimin Türkçe çevirisi ve gerekse de hukukumuzdaki yasal düzenlemelere göre kuralın kapsamı dikkate alındığında, “aleyhte değiştirme yasağı” teriminin uygun olacağını düşünmekteyiz.

Aleyhte değiştirme yasağı, ancak hükmün yalnızca sanık lehine istinaf veya temyiz yoluna başvurulması halinde uygulama olanağı bulabilir. Dolayısıyla sanık aleyhine bir temyiz mevcut ise kuralın uygulanma imkânı yoktur. Sanık aleyhine temyizde de hükmün sanık lehine bozulması mümkündür. (CMUK'nun 294 md)¹⁴ Kanunumuzda bu yönde açık bir hüküm olmamasına rağmen, temyiz davası sanık aleyhine de olsa eğer hüküm sanık lehine bozulmuş ise bu halde de aleyhte değiştirme yasağının yorum yoluyla kabul edilebileceği ileri sürülmüştür.¹⁵ Bu görüşü savunan Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, “*son karar sadece sanık lehine bozulmuşsa, bozulan sonkararın sonucu bakımından sanık lehine bir tavan, aşılmaması gereken bir yukarı had meydana gelmiş kabul edilmeli*”; sırf sanık lehine yapılmış bozmaya uyulduktan sonra daha önce yapılan hataların farkına varılması nedeniyle düzeltme sırasında, önceki son karardan daha ağır bir ceza verilmemelidir.¹⁶

¹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1782; Şahin, Cumhuriyet/ Gökçürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II, 2. Bası, Ankara 2013, s.242; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1664.

¹¹ Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul 1955, s. 393.

¹² Selçuk, s. 10-11.

¹³ CGK. 13.04.2010, 2010/8-72 E, 2010/89 K; CGK, 16.05.2006, 2006/9-141E, 2006/140 K.

¹⁴ Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi Tavsiye Raporu'nda, C.Savcılarının bu yetkilerini, sanığın temyiz hakkını engellemek ve böylece aleyhte değiştirme yasağını geçersiz kılmak amacıyla kullanmamaları gerektiği belirtilmektedir. Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (92) 17 of The Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing. <https://wcd.coe.int/com.instranet>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012).

¹⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1786. Yüksek Mahkememiz, incelediği bir davada bu yönde karar vermiştir:

“*İlk karar C.Savcısının sanık aleyhine temyizine karşın sanık yararına bozulduğu halde, CMUK.nun 326. maddesi gözetilmeyerek TCK.nun 522. maddesinin sanık aleyhine uygulanması bozmayı gerektirmiştir.*” (6.CD. 1.12.1987, 9275/10746. Günay, Erhan, Uygulamada ve Öğretilen Bozmanın Sirayeti ve Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2000, s.90. Ancak daha yeni tarihli bir Ceza Genel Kurulu Kararı'nda, “*CMUK.nun 326. maddesinin tabiki için dikkat edilecek nokta, temyiz isteminin sanık lehine olmasıdır. Yargıtay bozma kararının sanık lehine veya aleyhine olması, dosyanın esasına girilmeden CMUK'na aykırı davranıştan bozulması ya da kişisel haklardan bozma yapılmasının önemi yoktur. İlk hüküm hazine vekili tarafından sanık aleyhine temyiz edilmiştir. Mahkeme kararı özel dairece bozulmuş, bozma ile ilk hüküm tamamen ortadan kalkmıştır. Aleyhe temyiz nedeniyle kazanılmış hak*” bulunmadığına hükmetmiştir. CGK. 1.5.1989, 7-70/168. Uygun, Mehmet/Savaş, Vural/ Mollamahmutoglu, Sadık, Ceza Genel Kurulu Kararları (1988-1991), Ankara 1991, s.420.

¹⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1786.

Aleyhte değiştirme yasağı her hukuk sisteminde geçerli olan bir kural değildir. Ancak bu kurala yer verilmeyen bazı ülkelerde,¹⁷ rneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme içtihatları ile sanık lehine yasa yoluna başvurulduğunda hükmün sanık aleyhine bozulmasına bazı sınırlamalar getirilmiştir.¹⁸

II. KURALIN HUKUKSAL TEMELİ

A. GENEL OLARAK

Aleyhte değiştirme yasağının bir hukuk sisteminde mevcut olması gerektiğini savunanlar bu görüşlerini çeşitli hukuksal temellere dayandırmışlardır. Buna karşılık çeşitli düşüncelerle ceza muhakemesi hukukunda bu kurala yer verilmemesi gerektiği de ileri sürülmüştür.

Kuralın lehindeki görüşleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) *Kazanılmış Hak*: Kazanılmış hak ibaresi 1412 sayılı CMUK'nun 326. maddesinin İstanbül Komisyonu tarafından benimsenen gerekçesinde yer almış; Yargıtay bir çok kararında sanık lehine temyiz yoluna başvurulduğunda, sanık aleyhindeki hususların onun için kazanılmış hak teşkil ettiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkememize göre, temyiz davasını aan sanık veya onun lehine yasa yoluna başvuranlar kararı sanık lehine düzeltmek amacı ile hareket ettiklerinden bu amacı göz ardı etmek ve aleyhte değiştirmeye olanak tanımak adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı olur.¹⁹ Böylece Yargıtay adalet ve hakkaniyet ilkelerini de görüşlerine dayanak yapmıştır.

¹⁷ Her ülkedeki denetim mekanizması aynı değildir. Örneğin, Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde, aynı suçtan iki kez yargılama olmayacağı (*double jeopardy*) ilkesi geniş yorumlanmakta ve bu ilke uyarınca savcıların sanık aleyhine yasa yollarına başvurmasına sınırlamalar getirilmektedir. Bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri'nde savcılığın beraat kararlarını temyiz etme yetkisi bulunmamaktadır. *Ball v. United States*, 163 U.S. 662 at 642 (1896) <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/662/case.html> (Erişim Tarihi:27.5.2012). Bu ilke uyarınca sanığın cezasının artırılması da bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. *North Carolina v. Pearce* - 395 U.S. 711 (1969).<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/711/> (Erişim Tarihi:27.5.2012) O nedenle, bazı ülkelerde aleyhte değiştirme yasağına yer verilmediği gerekçesi ile aleyhte değiştirme yasağının önemini göz ardı etmek doğru değildir. Malleson, Kate, *The Legal System*, Oxford University Press, 2007, s.173-174. Nicholas, Cowdery, *Crown Appeals Against Sentence and Double Jeopardy*, <http://njca.anu.edu.au> (Erişim Tarihi: 25.5.2012). 1996 yılında yapılan değişiklikle, İngiltere'de sanığın temyizi zerine Temyiz Mahkemesi'nin (the Court of Appeal) cezayı artırma yetkisi kaldırılmıştır. Buna karşılık, sanık sulh mahkemesi (Magistrate Court) kararına karşı Kraliyet Mahkemesi'ne (Crown Court) başvurulduğunda bu mahkemenin cezayı artırması mümkündür. Spencer, John. R. "Does our Present Criminal Appeal System Make Sense" *Criminal Law Review*, [2006] Aug, s. 679.

¹⁸ *North Carolina v. Pearce* - 395 U.S. 711 (1969).<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/711/> (Erişim Tarihi:27.5.2012).

¹⁹ CGK, 28.9.1992, 5-190/237 K.

1412 sayılı CMUK'nın 326. maddesindeki gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir: "... mahkumun lehine olarak vaki temyiz neticesinde evvelki hüküm ile tayin olunan cezadan daha ağır bir ceza tatbiki kavaidi maddet ve hakkı müktesep mülahazası ile kabili telif görülmemiştir."

2) *Talep Dışı Karar Verme*: Temyiz davası sanık lehine açıldığı halde, hükmün sanık aleyhine bozulması, dava açmadığı halde davacı kişinin lehine bir karar verilmesi anlamına gelir.²⁰

3) *Kanun Yolundan Beklenen Fayda*: Kanun yoluna başvurma şartı bu hususta bir menfaatin mevcut olmasıdır. Hükmün aleyhe bozulması bu şartın gerçekleşmediği ve dolayısıyla kararın bozulamayacağını gösterir.²¹

4) *Hükmün Temyiz Edilmeyen Lehe Kısımlarının Kesinleşeceği Görüşü*: İstinaf ve temyiz mahkemesi ancak kendisine açılan dava hakkında karar verebilir; temyiz edilmeyen hususlar kesinleşmiş olacağı için inceleme dışında tutulmalıdır.²² Yüce'ye göre; "*kanun yolu muhakemesi hükmün taarruza uğramayan kısımlarına dokunamaz. Bu kısımlar bu sebeple kesinleşirler. Sanık kendi lehine olan kısımlara taarruz etmediği için bu kısımlar da kesinlik kazanırlar.*" Yargıtay'ın gösterilen temyiz nedenleri ile bağlı olmadığı, her türlü kanuna aykırılığı kendiliğinden inceleyebileceği eleştirisinin de bu fikrin esasını çürütmeyeceğini savunan Yüce'ye göre, "*bu; Yargıtay'ın temyiz edilmeyen kısımları da inceleyebileceği manasına gelmez. Gerçekten, hükmün sanık lehine olan kısımları temyiz edilmemiştir. Çünkü bu kısımlar sanığın mağdurluğunu gerektirmezler. Mağdurluk olmayan yerde temyiz yetkisi de yoktur. Buna göre hükmün sanığın lehindeki kısımlarının kesinleşmiş sayılması gerektiği için bunların bozularak sanığın aleyhine gidilmesi imkânı kalmamıştır.*"²³

5) *Vicahilik İlkesi*: Ceza yargılaması hukukunda, sanık, aleyhinde olan hususlar hakkında savunmasını bildirmek hakkına sahiptir. Eğer aleyhe bozmama mecburiyeti olmazsa sanık savunması alınmadan daha ağır bir sonuç ile karşılaşmış olacaktır ki bu da vicahilik ilkesine aykırı olur.²⁴

Kanun yoluna başvuranın kim olduğuna bakılmaksızın, hükmün sanık lehine bozulabileceği gibi aleyhine de bozulabileceğini savunan görüş sahiplerinin düşünceleri şöyle özetlenebilir:

1) *Ceza Yargılamasının Amacına Aykırılık*: Kamu Yararı ve Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olup, aleyhe değiştirme yasağı ceza yargılamasının bu temel amacı ile bağdaşmamaktadır. Sanığın kendisinin aleyhine sonuç doğuracağı korkusu ile kanun yoluna gitmekten çekinmesini önlemek amacı ile aleyhe bozmama yasağının kabul edilmesi açıklanamaz. Gerçekten C.Savcısı ve müdahil tarafından aleyhe kanun yoluna başvurulduğunda bu kural uygulanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle aleyhe bozmama mecburiyetinin uygulanıp uygulan-

²⁰ Kunter, Nurullah, Aleyhte Düzeltme Yasağı, İHFM, Sayı.3-4, (1952), s. 666-667.

²¹ Erem, Faruk, Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara Barosu Dergisi, Cilt.24, Sayı.4, (1967), s. 616; CGK, 22.2.1982, 376/99 K.

²² Kunter, Aleyhte Düzeltme Yasağı, s. 666.

²³ Yüce, s. 171.

²⁴ Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 616.

maması C.Savcısı veya müdahilin aleyhte kanun yoluna başvuru başvurmaması tesadüfüne dayanmaktadır.²⁵ Ayrıca sanığın iradesi kanun yoluna başvuru başvurmamak konusunda etkili olabilir. Eğer sanık kanun yoluna başvurmuş ise artık devletin cezai adalet makinesi bütün haşmetiyle işlemeye başlamış, iř sanığın elinden çıkmıştır; sanık aleyhe sonuca da katlanmalıdır.²⁶

2) *Kanunun İradesine Karşı Çıkma ve Üst Mahkemenin Yetkisinin Kısıtlanması*: Aleyhe bozmama mecburiyetinin netice itibariyle yasaya karşı gelmek anlamına geleceği ileri sürülmüştür. Bu görüş sahiplerine göre, ceza hukukunda kural; yasal isteğin somut olayda gerçekleşmesidir. Oysa aleyhe bozmama mecburiyeti kabul edildiğinde suç-ceza-sorum gibi kavramlar arasında kanunun benimsediği denge bozulmuş olacak ve böylece de usul hukukunun bir kuralı ceza hukukundaki diğer bir kuralı ihlal etmiş olacaktır.

Ayrıca, hükümdeki hataya rağmen kararın bozulmamasının, incelemeyi yapan mahkemenin görevini daraltmak anlamına geleceği ileri sürülmüştür.²⁷

3) *Yargılama Hukuku Kuralları ile Uyumlu Olmaması*: Aleyhe bozma yasağının ceza usul hukukun insicamını, ceza yargılama kuralları arasında mevcut olan uyumu bozduğu ileri sürülmüştür. Suçun niteliğinde değişiklik halinde sanığa ek savunma verilmek suretiyle iddianamede yer alan kanun maddelerinden daha ağır bir ceza verilmesi imkânı bulunduğu halde, (CMK 226 md) iddianamede yazılı fiil ve sanık aynı kalmasına rağmen faile eksik ceza tayin edilmesinin haksız olduğu iddia edilmiştir.²⁸

Ceza yargılamasının amacının, sanığın durumunun güvence altına almak olmayıp, adaletin gerçeleştirilmesi olduğu belirtilerek bu kurala ceza muhakemesinde yer verilmemesi gerektiği savunulmuştur.²⁹ Yasağın, iddiasız yargılama olmaz ilkesinin aşırı uygulaması olup, maddi gerçeğin bulunması ve hâkimin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu; ayrıca yasağın gereksiz usul formalitelerini artırdığı, gereksiz temyiz artırdığı belirtilerek bu kuralın usul kanunlarından çıkarılması gerektiği ileri sürülmüştür.³⁰ Bununla birlikte aleyhte değiştirme yasağı, değişik biçimlerde de olsa birçok ülkede uygulanmaktadır.³¹

²⁵ Erem; CMUK şerhi, s. 753-754.

²⁶ Kunter, Aleyhte Düzeltme Yasağı, s. 668-669.

²⁷ Erem; CMUK şerhi, s. 753-754.

²⁸ Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 617.

²⁹ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 97.

³⁰ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 102.

³¹ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s.102.

B. KURALIN HUKUKSAL TEMELİNE İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Aleyhte değiştirme yasağının neden kabul edilmesi gerektiğine ilişkin ileri sürülen görüşler eleştiriye açıktır.³² Bu konuda doktrinde çokça yer verilen eleştirilere yollamada bulunarak³³ belirtelim ki aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesindeki asıl neden şudur: Sanık veya onun lehine C.Savcısı, eşi veya kanuni temsilcisi tarafından temyiz yasa yoluna yapılan başvurunun sanık aleyhine sonuç doğuracağı kabul edilirse, sanık daha fazla ceza alma korkusu ile yasa yoluna başvurmaktan çekinecek ve belki de haksız bir hükme razı olacaktır. İşte bu korkuyu ve sakıncayı ortadan kaldırmak düşüncesi ile sanık lehine temyizde hükmün sanık aleyhine değiştirilemeyeceği, “*Reformatio in Peius*” ilkesi bir usul kuralı olarak yargılama yasalarında yer almış bulunmaktadır.³⁴ Diğer bir ifadeyle aleyhte değiştirme yasağının amacı, kanun yoluna başvuracak olan sanığın sonuçta daha kötü bir duruma düşmek³⁵ korkusuna kapılmaksızın bu hakkını serbestçe kullanabilmesini

³² Suçun hak doğurucu bir husus olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından mülga 1412 sayılı CMUK'nun 326. maddesinin gerekçesine dayanan ve özellikle Yüksek Mahkememiz tarafından kuralın dayanağı olarak gösterilen “kazanılmış hak” görüşüne katılmak mümkün değildir. Ceza davası hukuk davasından farklı özelliklere sahiptir. Ceza davasında C.Savcısı sanık karşısında bir tarafı temsil etmeyip, sanığın hem lehine hem de aleyhine hareket ettiğinden, sanık lehine temyiz üzerine hükmün aleyhine bozulmasının talep dışında karar verilmesi anlamına geleceği şeklindeki görüşte de isabet bulunmamaktadır.

³³ Bu görüşlerin eleştirisi için bkz. Selçuk, s. 13-15; Kunter, Aleyhte Düzeltme Yasağı, s. 666 vd; Keskin, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio in Peius Kuralı, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2011, s. 414-416; Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 755; Yüce, s.171; Selçuk, s. 15-16.

³⁴ Toroslu/Feyzioğlu, s. 371, Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 755; Yüce, s.171; Selçuk, s. 15-16.

³⁵ “*Ceza Genel Kurulumuz da çeşitli kararları ile, lehe temyiz davası üzerine aleyhe düzeltme zorunluluğuna açıklık getirmiş ve “CYUY'nun 326/2. maddesindeki “hüküm” sözünü sadece kapsadığı ceza miktarı yönünden değil, ilk hükümdeki uygulamalar yönünden düşünerek geniş anlamak gerekeceğini,*” (15.03.1971 gün ve 4-84), “*ilk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse, lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerektiğini,*” (19.06.1967 gün ve 114-162, 13.04.1964 gün ve 154-167), “*temyiz incelemesinde öncelikle temyiz lehe veya aleyhe mi olduğu tespit edilerek, incelemenin buna göre yapılması gerektiğini, sanık lehine tecelli edecek bir hantanın tazammun edeceği hukuki neticelerin aleyhte tevessülatta bulunmadıkça değiştirilemeyeceğini,*” (31.01.1949 gün ve 171-35) vurgulanmıştır. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Yerel Mahkemece, sanık hakkında lehe olduğu kabul edilen 5237 sayılı TCY.nun 81, 35/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca sonuçta 9 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin bu uygulamasında, anılan Yasanın 62. maddesi ile indirim yapılırken, hesap hatası yapılması suretiyle 9 yıl 4 ay 15 gün yerine, 9 yıl 1 ay 15 gün olarak eksik ceza tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin hatalı olan ilk ve son uygulaması yalnızca sanık ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir. Aleyhe temyiz bulunmaması karşısında, Özel Dairece 1412 sayılı CYUY.nun 322. maddesi uyarınca yapılan uygulama ile Yerel Mahkemece verilen hükümdeki cezadan daha ağır bir ceza belirlenmesi 1412 sayılı CYUY. nun 326/son ve 5271 sayılı CYY.nun 307/4. maddesine aykırıdır”. CGK, 07.10.2008, 2008/1-198 E, 2008/211 K) Yargıtay vermiş olduğu daha eski bir kararında, “1-CMUK.nun 326. maddesindeki “HÜKÜM” sözünü sadece kapsadığı ceza miktarı yönünden değil, ilk hükümdeki uygulamalar yönünden de düşünerek geniş anlamak gerekir. (CGK.nun 15.3.1971 gün ve 4/84 sayılı kararı)

2-İlk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse lehe temyiz bu DURUMU (cezaı değil) değiştirmemesi” gerektiğine hükmetmiştir. (CGK. 22.2.1982,

sağlamaktır.³⁶ O nedenle, bu kural, korku duyulmadan yasa yollarına başvurma ilkesi (*principle of appeal without fear*) olarak da adlandırılmıştır.³⁷

Gerçekten hükmün aleyhine de değiştirilebileceğini düşünen kişi temyiz yasa yoluna başvurmadan kaçınabilecektir. İşte kişilerin daha kötü bir sonuçla karşılaşabilecekleri endişesine kapılmadan yasaya aykırı gördükleri ve haksız olduğuna inandıkları hükümlere karşı yasa yoluna başvurmalarının temini için aleyhe değiştirmeme kuralının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten hükmün aleyhine bozulmayacağını bilerek kanun yoluna başvuran kişi kanunun doğru uygulanmasına da vesile olduğundan kanun yoluna başvuran kişiyi korkutmamakta kamunun yararı da mevcuttur. Kanun yoluna başvuran sanığın eyleminin daha ağır bir suçta vücut verdiği anlaşılmaya rağmen ağır suçun cezasının verilmemesi şeklinde ortaya çıkan kamu zararı, aleyhe değiştirmeme mecburiyetinin açıklanan bu faydası ile karşılanmış olmaktadır.³⁸

Bir görüşe göre, aleyhte değiştirme yasağı sanığın hükmün kendi aleyhine değiştirilebileceği korkusuna kapılmadan kabul edilen hukuksal bir iyilik olup, kaynağını Anayasadan kaynaklanan temel hak ve özgürlüklerden almamaktadır. Alman Hukuku'nda kabul edilen bu görüş³⁹ zaman zaman Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir.⁴⁰ Buna karşılık aleyhte değiştirme yasağının, yasal çarelerin doğası gereği mevcut olduğu ve açıkça düzenlenmese de bu kuralın uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁴¹ Gerçekten aleyhte değiştirme yasağı, hukuk devletinin sağladığı teminatlardan biridir.⁴² Aleyhe kanun değişikliğinin dahi geçmişe uygulanmasını kabul etmeyen, hak arama özgürlüğünü (Ay 36 md) kişinin kendisini suçlamaya zorlanamayacağını anayasal güvence altına alan bir hukuk sistemi içinde (TCK 7 md) aleyhte değiştirme yasağını kabul etmemek bir çelişki olur. Kaldı ki Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uyulması zorunlu olan AİHS'nin Ek-7. Protokolünde yasal çarelere başvurmak bir hak olarak kabul edilmiştir. İstinaf ve temyiz yasa yoluna başvuru halinde sonucun aleyhe olabileceğini kabul etmek, genel olarak hak arama hakkının ve özel olarak da yasa yoluna başvurma hakkının sınırlanması anlamına gelir. Yasa yoluna başvurma hakkının AİHS'nin Ek-7. Protokolü'nde düzenlendi-

376/99. Mollamahmutoğlu, s. 1888 vd). Askeri Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da aleyhte değiştirme yasağının kapsamını "ceza ve cezai neticeler" olarak belirtmiştir. (Ask. Yar. İBK, 15.1.1969, 1/2, Çağlayan, Muhtar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt.3, Ankara 1981, 277-280)

³⁶ Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası İstanbul 2012, s. 725. Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 98; Erem, CMUK Şerhi, 755. Bu görüş Yargıtay tarafından da paylaşılmaktadır. CGK, 06.03.2012, 2011/13-384 E, 2012/82 K; CGK, 07.06.2011, 2011/9-88 E, 2011/116 K.

³⁷ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 98.

³⁸ Yüce, s. 171.

³⁹ Keskin, s. 411.

⁴⁰ CGK, 27.04.2010, 2010/6-73, E, 2010/97 K; CGK, 23.3.2004, 2004/6-41/70.

⁴¹ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 96.

⁴² Erem, CMUK Şerhi, s. 756; Selçuk, s. 19.

ğine işaret eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (92) 17 sayılı Tavsiye Kararı'nda da, sanık lehine temyizde hükmün aleyhe bozulabileceği korkusunun, sanıkların yasa yoluna başvurmalarını engelleyeceği belirtilerek üye ülkelere aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi tavsiye edilmiştir.⁴³

Mevzuatında aleyhte değiştirme yasağına yer vermeyen Amerika Birleşik Devletleri'nde, sanık lehine başvuru üzerine sonucun aleyhe değiştirilmesine sınırlamalar getirilmiş ve sonucun ağırlaştırılmasının sanığın Anayasada güvence altına alınan yasa yollarına başvurma hakkını ihlal edeceği belirtilmiştir.⁴⁴ Keza sonucun ağırlaştırılmasının adil yargılama hakkını ve Amerikan Anayasa'nın 4 ve 5 ve 14. değişikliğinde ifade edilip adil yargılanma hakkını da içeren, hukuki esas ve usullere uyulmadan kişilerin hak ve özgürlüklerinin sınırlanamayacağını ifade eden (*due process of law*)⁴⁵ ilkeyi ihlal edeceği kabul edilmektedir.⁴⁶ Görüldüğü üzere, aleyh-

⁴³ Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (92) 17 of The Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing. <https://wcd.coe.int/com.instraneti>.

⁴⁴ Increased Sentence Upon Retrial, 25 Wash. & Lee L. Rev. 60 (1968), s.60 vd; <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol25/iss1/5> (Erişim Tarihi:26.5.2012). Ashman, Allan, The Prisoner's Dilemma: Harsher Punishment upon Retrial, 55, American Bar Association Journal, (1969), s.928 vd. <http://heinonline.org>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012) Aplin, Kenneth L. Sentence Increases on Retrial after North Carolina v. Pearce; University of Cincinnati Law Review, Volume:39, No.3, (1970), s.427 vd. <http://heinonline.org>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012)

⁴⁵ *Due process* kavramıyla, başlangıçta sadece usuli güvencelerin sağlanması amaçlanmaktaydı. Nitekim, Amerikan Anayasası'nın Ek 5. ve Ek 14. maddeleri sadece "hiç kimsenin hukuki usule uygun olmaksızın; yaşam, hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemeyeceğini" düzenlemektedir. Ancak bugünkü anlamı usuli bir güvenceyi fazlasıyla aşmış, usuli güvenceyle birlikte gerek federal gerekse federe devletlerin tasarruflarının içeriğini de denetleme imkanı yaratan maddi (*substantive*) içeriğe de sahip olmuş, mahkeme içtihatlarıyla Amerikan hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Günümüzde Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından uygulanan haliyle *due process*, Alman öğretisindeki "*Hukuk Devleti*", İngiliz hukukundaki "*Rule of Law*" kavramları ile benzer hususları kapsamaktadır. Altıparmak, Kerem, "Due Process Of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.45, Sayı.1-4, 1996, s. 219.

⁴⁶ North Carolina v. Pearce kararı ile Yüksek Mahkeme, bir suçtan dolayı iki kez yargılama olamayacağı (*double jeopardy*) ve eşit koruma ilkesi uyarınca yeniden yargılama üzerine cezanın artırılmayacağı şeklinde bir karar vermeyi reddetmiştir. Bununla birlikte, cezanın ancak bazı hallerde artırılabilmesine ve cezanın artırılmasının anayasal bazı sınırlamalara tabi olduğuna, *due process* kuralına uyulması gerektiğine karar vermiştir. Hakimin cezayı artırma yetkisinin kabul edilmesi halinde tekrar yargılama yoluna başvuran sanık aleyhine olumsuz düşüncelerle hareket etme tehlikesine dikkat çekilerek, sanığın, cezasının artırılabilmesi düşüncesine sahip olmaksızın temyiz hakkını kullanması gerektiğini, sanığın temyiz hakkını kullanmaktan çekinmeye sebep olunmasının anayasaya aykırı olduğunu belirtmiştir. O nedenle Yüksek Mahkeme, yeniden yargılama üzerine cezanın artırılabilmesi için hakimin buna dayanak oluşturan olayları, kısaca, gerekçelerini açık bir biçimde göstermesi gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, cezanın artırılabilmesi için bu sebepler objektif olmalı ve ilk hükümden sonra ortaya çıkmalıdır. Yüksek Mahkeme'nin denetimine esas olmak üzere bu veriler kayda geçmelidir. Bunun dışındaki hallerde mahkemenin cezayı artırması yasaklanmıştır (Aplin, s. 427 vd.). Bir suçtan dolayı iki kez yargılama yapılamayacağı (*double jeopardy*) ilkesi uyarınca, Amerika'da savcının beraat kararlarını temyiz etmesi mümkün

te değiştirme yasağı kanunlarda açıkça düzenlenmese bile kişinin hak arama, bu bağlamda yasa yollarına başvurma hakkı, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesi gereğı olarak aynı sonuca ulaşılmaktadır. O nedenle günümüz için yapılması gereken, ceza yargılamasında bu ilkeye yer verilmesinin gerekip gerekmediğini tartışmak yerine bu kuralın kapsamının ne olması gerektiğini tespit etmektir.

III. ALEYHTE DEĞİŞTİRME YASAĞININ ÇEŞİTLİ İLKELERLE İLİŞKİSİ

Aleyhte değiştirme yasağı Ceza Muhakemesi'ne ilişkin ve çoğu da kaynağını Anayasa'da bulan birçok ilkeyle ilişkilidir. Bunlardan en önemlisi, hak arama hakkı (Ay 36 md) ve verilen karara karşı yasal yollara başvurma hakkıdır. Hükmün aleyhine sonuç doğuracağı endişesi taşıyan sanık hukuka aykırı olduğunu düşünse bile hükmün aleyhine değiştirilebileceğı korkusu ile yasal yollara başvuramama yolunu seçebilir. Bu ise sanığa tanınan hak arama hakkı ve yasal yollara başvurma hakkının ihlali anlamına gelir. Yukarıda da belirtildiğı üzere, mevzuatında aleyhte değiştirme yasağına yer verilmeyen ABD'de Yüksek Mahkeme, yasal yollara başvurma hakkına dayanarak yeniden yargılamada hükmün sanık aleyhine ağırlaştırılmasına sınırlamalar getirmiştir.⁴⁷

Ceza muhakemesinde, sanık iddia makamına göre güçsüz bir konumdadır; o nedenle adil bir yargılama için silahların eşitliğı ilkesi büyük önem taşımaktadır. Silahların eşitliğı ilkesi⁴⁸, iddia makamı ile hükmün aleyhine değişme tehlikesi altında bulunan sanığın aynı olanaklara sahip olmasını garanti etmeyi amaçlar. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, hükmün sanık aleyhine değişme ihtimalinin bulunduğu hallerde uyguladığı standartlar ile diğer davalardaki standartlar birbirinden

görülmektedir. Savcının mahkumiyet kararlarını temyiz etmesinin sözkonusu ilkeyi ihlal edip etmediğı ise tartışmalı olup, bazı eyaletlerde, bir suçtan dolayı iki kez yargılama yapılamayacağı (*double jeopardy*) şeklindeki ilkenin ihlal edilmiş olacağı gerekçesiyle buna izin verilmemektedir. Dunsky, Gregory P., The Constitutionality of Increasing Sentences on Appellate Review, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol.6, No.1, s.20; 32; 38;39. <http://Heinonline.Org> (Erişim Tarihi: 28.5.2012).

⁴⁷ Aplin, s.427 vd.

⁴⁸ Silahların eşitliğı ilkesi, muhakamede taraflar arasında adil bir dengenin sağlanması anlamına gelir. Bu ilke, taraflardan birine diğerine karşı bir avantaj sağlanmamasını, taraflardan birinin talep ve iddialarına karşı muhakemenin diğer tarafına savunma ve delillerini sunma imkanı tanınmasını gerektirir. AİHM, silahların eşitliğı ilkesini AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama kapsamında değerlendirmekte ve silahların eşitliğı ilkesine uyulmamasını adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul etmektedir. Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates,Ed/Buckley, Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013, s. 254 vd.

Silahların eşitliğı ilkesi, şüpheli /sanığın hakları ile savcının yetkileri arasında bir dengenin sağlanması anlamına gelir. Davanın taraflarından birinin iddiası karşısında diğer tarafın bu iddiaya karşı savunmasının temel dayanağı olan kanıtlarını sunma imkanı tanınmıyorsa silahların eşitliğı bakımından ihlal doğacaktır. Bu ilke açısından önemli olan, taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlanmaması başka bir anlatımla iddia ile savunma arasında denge olmasıdır.

farklıdır. Hükmün hem savcı, hem de sanık tarafından temyiz edildiği bir davada, (Pataki ve Dunshrin v. Austria) C.Savcısı Yüksek Mahkeme huzurunda kapalı bir oturumda sözlü açıklamalarda bulunmuş, sanık bu haktan yararlanamamıştır. Komisyon bu durumu silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur.⁴⁹ Yine Avusturya'ya karşı açılan benzer bir davada (Ofner and Hopfinger v. Austria) Komisyon silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti bakımından, 1) Başsavcının (Generalprokurator) rolünün hukuk kurallarına uyulmasını sağlamaktan ziyade sanığın cezalandırılmasını sağlamaya yönelik mi olduğu, 2) Başsavcının ne tür bir oturumda dinlendiği ve 3) Prosedür sonucunda hükmün sanık aleyhine ağırlaştırılmasının mümkün olup olmadığının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁰ Sözkonusu davada, hükmün sanık aleyhine ağırlaştırılmasının mümkün olmadığı, Başsavcı ile C.Savcısının işlevinin farklı olması nedeniyle silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁵¹

Yasa yoluna başvurmak, aslında bir dava açmak demektir. Kural olarak inceleme mercii ihtilafli hususları inceleyecektir. Özellikle sebep gösterilmesinin zorunlu olduğu (CMK 294 md) temyiz yasa yolu bakımından kesin bozma nedenleri dışında Temyiz Mahkemesinin temyiz davasında ileri sürülmeyen hususlarda inceleme yapması (CMK 301 md) ve hükmü sanık aleyhine bozması mümkün değildir. Bu itibarla aleyhte değiştirme yasağı davasız yargılama olmaz (ne bis idem) ilkesi ile de bağlantılıdır.

Ceza hukukunda yasallık ilkesi geçerlidir. Yasallık ilkesi esas itibarıyla kanunsuz suç ve ceza olmayacağını ifade eder. Bu ilke, kanunda suç olarak tanımlanan fiilin işlenmesi halinde herhangi bir istisnaya yer verilmeden failin fiilinin gerektirdiği yaptırım ile cezalandırılmasını da gerektirir. Böylece, kanun, ülke genelinde herkese eşit bir şekilde uygulanmış olacaktır. Ancak hükmün aleyhine de değişebileceği endişesini taşıyan sanık hukuka aykırı olduğunu düşündüğü kararlara karşı bile yasa yollarına başvurmaktan kaçınabilecektir. Bu durumda hukuka aykırı kararların düzeltilmesi imkânı ortadan kalkacak ve sanık hukuka aykırı hükmün sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır. İşte ceza yargılamasına güvenin sağlanması, sanığın hiçbir korku taşımadan yasa yoluna başvurabilmesini sağlamak amacıyla birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de yalnızca sanık lehine kanun yoluna başvurulduğunda sonucun sanık aleyhine değiştirilemeyeceği şeklinde düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. (CMK 307/4 md) Bu hükümlerin yalnızca sanık yararına olduğu düşünülebilirse de hukuka aykırı kararların ortadan kaldırılmasında kamu yararının bulunduğu kuşku yoktur. Böylece, fiil için daha ağır bir yaptırım uy-

⁴⁹ Stavros, Stephanos, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Dordrecht, Boston/London, 1993, s.188.

⁵⁰ Wasek-Wiaderek, Malgorzata, The Principle Of "Equality Of Arms" in Criminal Procedure Under Article 6 Of The European Convention On Human Rights And its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries a Comparative View, Leuven, Belgium, 2006, s. 24.

⁵¹ Wasek-Wiaderek, 24.

gulanması gerektiği ortaya çıksa bile fail yasanın öngördüğü bu ağır ceza ile değil, ilk hüküm ile tayin olunan ceza ile cezalandırılacaktır. Bunun ise yasallık ilkesi ile uyumlu olmadığı açıktır. Böylece, bu kuralın uygulanmasındaki kamu yararı, sanığın hak ettiği daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaması ile ortaya çıkacak zarardan üstün tutulmuş⁵² ve yasallık ilkesine bir sınırlama getirilmiş olmaktadır.

Aleyhte değiştirme yasağı ile yasallık ilkesi arasında bir tercih yapmak hukuki ve siyasi değerlendirme yapılmasını, hukuksal güvenlik ile somut davanın yasaların gerektirdiği biçimde ele alınarak yaptırıma bağlanması arasındaki anayasal dengenin kurulmasını gerektirir. Etkin bir yargılama ve kişilerin ceza yargılamasına güven duymalarının sağlanması için, yasallık ilkesinin bazı sınırlamalara tabi tutulması kaçınılmazdır. Bu sınırlamanın ne ölçüde olacağı ceza siyasetinin konusu olup yasa koyucunun takdirindedir. Ülkemizde istinaf, temyiz, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi bakımından aleyhte değiştirme yasağı kabul edilmiş olup, yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde yeniden verilecek hüküm önceki hükümle belirlenen cezadan daha ağır olamayacaktır. (1412 sayılı CMUK 326/son⁵³, 5271 sayılı CMK 283 md, 307/4 md, 309/4-b md; 323/2 md) Aleyhte değiştirme yasağının sonucu olarak lehine yasa yoluna başvuru sanıklar, aynı konumdaki sanıklardan farklı olarak eylemlerine uyan kanun maddelerindeki ceza ile değil, daha hafif bir ceza ile cezalandırılacaklardır. Bu sakıncaların önlenmesi bakımından yeterli miktarda hakim ve C.Savcısı istihdam edilmesi, hakim ve C. savcılarının meslek içi eğitimlerine önem verilmesi ve yargılama makamlarının personel ve finansal açıdan desteklenmesi gereklidir. Aleyhte değiştirme yasağının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesi ile uyumlu olmadığı düşünülebilirse de,⁵⁴ yasak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayıp, yalnızca yasa yoluna başvuran sanığa daha fazla ceza verilmesine engel olmaktadır.

⁵² Kanun koyucu ceza yargılamasında, gerçeğin ortaya çıkarılmasını en üstün bir değer olarak kabul etmemiştir. Örneğin, aile birliğinin korunması ve savunma hakkı ile yaşam hakkına ilişkin menfaat, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaate üstün tutularak kişisel nedenlerle ve meslek sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmiştir. Aleyhte değiştirme yasağı ise maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel oluşturan bir kurum olmayıp, yalnızca cezanın ağırlaştırılmasına engel olmaktadır.

⁵³ 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesine göre, istinaf mahkemelerinin göreve başlaması tarihine kadar 322. maddesinin bazı fıkraları hariç, 1412 sayılı CMUK'nun 305 ila 326. maddeleri uygulanacaktır.

⁵⁴ Bu yöndeki görüş için bkz. Eryılmaz, M.Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Derstleri, Ankara 2012, s. 679.

IV. YASA YOLU VE CEZANIN LEHE OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ SORUNU

A. YASA YOLUNUN LEHE OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ

Aleyhte değiştirme yasağının uygulanabilmesi için sanık lehine yasa yoluna başvurulması lazımdır. O nedenle başvurulana yasa yolunun sanık lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunun tespiti önemlidir. Çoğu kez başvurulana yasa yolunun sanık lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunu tespit etmek bir sorun oluşturmaz. Beraat eden sanığın mahkûm olması gerektiğine, düşme sebeplerinin mevcut olmadığına, fiilin daha ağır bir suç oluşturduğuna, fiil için daha ağır bir ceza verilmesi lazım geldiğine, sanığın yardım eden değil, fail veya müşterek fail olduğuna, suçun teşebbüs aşamasında değil tamamlanmış olduğuna ilişkin başvurulana yasa yolunun aleyhe olduğunda kuşku yoktur. Bağımsız olarak uygulanan tedbir yerine ceza verilmesi talebini içeren temyiz de aleyhedir. Tersine, ceza yerine tedbir uygulanmasına yönelik başvuruyu lehe kabul etmek gerekir.⁵⁵ Ayrıca davanın düşmesi ve beraat nedenlerine; sanığın aleyhine sonuç doğursa bile vekâlet ücreti, yargılama gideri ve hesap hatalarına yönelik başvuru aleyhe sayılmaz ve dolayısıyla aleyhte değiştirme yasağını ihlal etmez.

Uygulamada usule ilişkin temyizler sanık lehine kabul edilmektedir. Kanımızca, beraat kararı verilmesini sonuçlayan yargılamada yapılan usul hatalarına yönelik temyiz aleyhe; mahkûmiyet hükmünün verildiği yargılamada yapılan usul hataları nedeniyle hükmün bozulması istemine ilişkin başvuruyu da lehe kabul etmek gerekir.⁵⁶

Mahkemenin görevsiz olduğunun anlaşılması halinde⁵⁷ hüküm ortadan kalkacağından ve yeniden soruşturma yapıp yeni bir hüküm verilmesi gerektiğinden mukayese yapılacak bir hüküm bulunmayacaktır. Yüksek Mahkememiz, İçtihadı Birleştirme Kararı'nda görev sebebiyle bozma halinde de aleyhte değiştirme yasağının geçerli olduğuna hükmetmiştir.⁵⁸ Aleyhte değiştirme kuralının, hükmün aleyhine değiştirilebileceği korkusu taşımadan yasa yoluna başvurmayı sağlamak olduğu dikkate alındığında Yüksek Mahkeme'nin bu kararının isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

Mülga 1412 sayılı CMUK'na göre temyize sebep göstermek mecburiyeti yoktur. C.Savcısı sebep göstermeden temyiz etmiş ise sanık lehine mi yoksa aleyhine

⁵⁵ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 104.

⁵⁶ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 104.

⁵⁷ Görevsizlik kararı, istinaf ve temyiz yasa yoluna tabi olmamakla birlikte hükümle birlikte bu itirazın ileri sürülmesi mümkündür.

⁵⁸ Yüksek Mahkeme'ye göre, görev dışında verilen bir hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi halinde, kazanılmış hak saklı kalmak kaydıyla hükmün bozulması gerekir (İBK, 15.2.1950, 21/1. Şener, Esat, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk-Ceza, Ankara 1997, s. 1039). Yüksek Mahkememizin bu yöndeki uygulaması devam etmektedir. Bkz. 3.CD, 17.01.2012, 2011/20223 E, 2012/1314 K.

mi temyiz ettiğini belirtmek zorundadır.⁵⁹ Temyiz de bir dava olduğuna göre, ancak dava edilen yani ihtilafı hususların incelenmesi lazımdır. Ancak CMUK'nun 320. maddesi bu kuraldan ayrılmış ve maddede hükme etki edecek derecede kanuna muhalefet hallerinde talep bulunmasa dahi Yüksek Mahkeme'nin bu noktalardan hükümü inceleyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme sebep gösterilmeyen hususlarda da hükmü incelemektedir. Eğer temyizde gösterilen sebep sanık aleyhine ise hükmün bütün yönleriyle sanık aleyhine temyiz edildiği kabul edilmekte, bu ise çoğu kez temyiz yoluna başvuranın talebi bulunmadığı halde başka sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Örneğin, yalnızca yargılama giderinin eksik tayin edildiğine dair yapılan temyiz aleyhe temyiz olarak kabul edilmekte ve hüküm bütün yönleriyle incelenmekte ve mesela haksız tahrik hükümlerinin uygulanma yeri bulunmadığı, fiilin daha ağır bir suçu oluşturduğu gerekçesiyle hüküm bozulabilmektedir. Böylece yalnızca yargılama gideri, vekâlet ücreti gibi önemsiz hususlara yönelik temyiz ciddi sonuçlar doğurabilmektedir. Oysa bir temyiz sebebi gösterilmiş ise yalnızca o noktadan hükmün lehe veya aleyhe temyiz edildiği kabul edilmelidir. Aksi fikrin kabulünü kanuna dayandırmak mümkün değildir. Gerçekten 1412 sayılı CMUK bu sonuca ulaşmayı haklı kılan bir hüküm içermektedir. Hükmün bir veya iki noktadan aleyhe temyiz edilmesi, bütün yönleriyle aleyhe temyiz edildiğini göstermez; tam aksine temyiz edenin diğer yönler itibarıyla hükümde bir hukuka aykırılık görmediğini gösterir. Gerçekten, yasa yoluna başvuranın dile getirmediği bir husus hakkında iradesinin şu veya bu yönde olduğunu söylemek isabetli olmamakla birlikte, eğer bu yola gidilecek ise bu şekilde bir yorum yapmak daha doğru olacaktır.

Ayrıca yasaların doğru ve eşit bir biçimde uygulanması bakımından bu yönlerden bozma yapılması farklı bir şey, sanığın temyiz edilmeyen hususlardan yapılan bozmaların sonuçlarına mahkûm edilmesi farklı bir şeydir. Her ne kadar temyiz üzerine hüküm bütün yönleriyle incelenecek ve varsa hüküm diğer hukuka aykırılıklar nedeniyle bozulacak ise de, temyiz sebebi dışında kalan hususlar bakımından sanığın bozmanın aleyhe sonuçlarına katlanacağına ilişkin yasada bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten CMUK'nun 320. maddesinde bu yönde bir hüküm yer almamaktadır. Doktrinde de haklı olarak ileri sürüldüğü üzere aleyhe temyizde aleyhe temyiz çizmiş olduğu tavan aşılmamalıdır; CMUK'nun hükümleri bu şekilde bir kabule engel değildir.⁶⁰

Bu görüşlerimiz özellikle taraflar açısından sebep gösterilmesinin zorunlu olmadığı ve dolayısıyla hükmün bütün yönleriyle inceleneceği⁶¹ istinaf yasa yolu için

⁵⁹ Macar Hukuku'nda, C.Savcısının, kısa karar üzerine vermiş olduğu süre tutum dilekçesinde temyiz lehe veya aleyhe olduğu belirtilmemiş ise bu temyiz lehe sayılmaktadır. Yasal temyiz süresi dolduktan sonra verilen layihadaki temyiz sebeplerinin sanığın aleyhine olması bu durumu değiştirmez. Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 105.

⁶⁰ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 1666-1667.

⁶¹ Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Yolu Olarak İstinaf, Ankara 2010, s. 62.

geçerlidir. 1412 sayılı CMUK bakımından yapılan yanlış uygulamaya istinaf yasa yolu bakımından devam edilmemelidir. C. Savcısının istinaf yoluna başvurması halinde başvurusunun gerekçelerini, diğer bir ifadeyle sebeplerini göstermesi zorunlu olup, hükmün bozulması halinde aleyhte istinafin çizmiş olduğu sınır aşılmamalıdır. 5271 sayılı CMK' da temyizde sebep gösterilmesi zorunlu olduğundan bu şekilde bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

İstinaf da bir davadır ve kural olarak istinaf davasının açılması için istek koşulunun gerçekleşmesi lazımdır. Ancak; kanunumuz haksız mahkûmiyet kararlarının önüne geçmek bakımından 15 yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaların talep olmasa dahi istinaf mahkemesince incelenmesini hükmüne bağlamıştır (CMK 272 md).⁶² Resen istinafta hükmün lehe de aleyhte de bozulabileceği düşünülebilir. Ancak resen incelemenin gerekçesi, olası hukuka aykırı bir mahkûmiyetin önüne geçmek olduğu nazara alındığında resen istinaf incelemesi sonucu hükmün aleyhte değiştirilemeyeceği sonucuna ulaşılır.⁶³ Yargıtay da resen temyizde hükümler bakımından aleyhte değiştirme yasağının geçerli olduğuna hükmetmiştir.⁶⁴

B. CEZANIN LEHE OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ

765 sayılı TCK'da cezalar aynı maddede sıralı bir şekilde gösterilmekte ve (TCK 11 md) maddede cezaların birbirine nisbetle ağırlıkları derecesine göre sıralandığı kabul edilmekteydi.⁶⁵ Dolayısıyla hangi cezanın daha ağır olduğunu belirlemek için TCK'nın 11. maddesindeki sıralamaya bakmak yeterliydi. 5237 sayılı TCK'nın birinci kitabının üçüncü kısmında yaptırımlar cezalar ve güvenlik tedbirleri şeklinde ikiye ayrılmıştır. 5237 sayılı TCK'da cezalar hapis ve adli para cezası olup, hapis cezaları TCK'nın 46. maddesinde sayılmış, adli para cezası ise TCK'nın 52. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 46. maddesindeki düzenlemede hapis cezalarının ağırlıklarına göre sıralandığı görülmektedir. Kanunumuzdaki düzenleme biçimine göre, hapis cezalarının adli para cezasına göre daha ağır kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir ki, hapis cezasının adli para cezasına göre daha ağır olduğunda kuşku yoktur.

Ertelenmiş hapis cezası ertelenmemiş hapis cezasına, taksitlendirilmiş para cezası taksitlendirilmemiş para cezasına göre lehedir. Ancak lehe cezanın tespiti her zaman bu kadar basit değildir; çeşitli ihtimallerin, cezaların tür ve miktarı dışındaki hususların da dikkate alınması gerekir. Gerçekten ertelenmiş hapis cezasının infaz edilecek para cezasına göre lehe olduğu her zaman söylenemez. Hatta ertelenmemiş olsa da bazen hapis cezası para cezasına göre tercih edilebilir. Zira failin ekonomik olarak yıkımına neden olacak yüksek miktardaki adli para cezasının her zaman ha-

⁶² 5271 sayılı CMK'da resen temyize yer verilmemiştir.

⁶³ Temyiz yasa yolu bakımından aynı görüş için bkz. Erem, CMUK Şerhi, s. 762-763.

⁶⁴ İBK. 17.12.1930, 26/32. Şener, s. 919.

⁶⁵ İBK. 18.11.1936, 26/35. Şener, s.941-943.

pis cezasına göre lehe olduğunu kabul etmek zordur. Esasında hangi cezanın lehe veya aleyhe olduğu, somut olaya ve kişilere göre değişiklik gösterir. Acaba bu gibi hallerde lehe yasa nasıl belirlenecektir? Lehe yasanın belirlenmesinde sanığın subjektif durumu ve iradesi göz önünde bulundurulacak mıdır?

Öncelikle belirtelim ki, ceza kanunlarının emredici özelliği uyarınca, lehe ceza, sanığın iradesinden bağımsız olarak objektif bir biçimde tespit edilecektir.⁶⁶ Bu işlem yapılırken fiile uygulanması mümkün normlar somut olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlar karşılaştırılmalıdır (5252 Sayılı Kanun 9 md). Bu karşılaştırma yapılırken, kanundaki düzenlemeye göre cezaların birbirlerine oranla ağırlıklarının esas alınması her zaman doğru sonuç doğurmayabilir. Gerçekten 5237 sayılı TCK'na göre adli para cezasının ertelenmesinin mümkün olmaması ve adli para cezasının ödenmemesi halinde hapse dönüştürülmesinin mümkün olması dikkate alındığında bu durum daha iyi anlaşılır. O nedenle, ceza müeyyidesinin dışında kalmakla birlikte onunla sıkı bir bağlantı içinde olan, erteleme, şartlı salıverme, para cezasına veya diğer tedbirlere dönüştürme ve ceza mahkûmiyetinin sonuçlarına ilişkin tüm düzenlemeler somut olaya uygulanarak lehe ceza tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken, hâkim somut olayda kullanması muhtemel takdir yetkisini de nazara almalıdır, takdir yetkisini kullanırken de normlardan birini kayırmamalıdır. Özetlemek gerekirse, önceden kategorik olarak hangi cezanın diğerine göre lehe veya aleyhe olduğunu belirlemek çok zordur. Her somut olayda, hâkim, yukarıda belirtilen kriterlere göre bunu belirleyecektir. O nedenledir ki sorunun çözümünün bir anlamda hâkimin birikimine emanet edildiği söylenmiştir.⁶⁷

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, hem erteleme hem de hapis cezasının para cezasına çevrilmesi kurumlarının kişiselleştirme kurumu olup birbirlerine öncelikleri bulunmadığı ve birinin diğerine göre daha lehe olduğunun ileri sürülemeyeceğini belirttiikten sonra; somut olayda sanığın ekonomik durumunun zayıf olduğu şeklindeki savunmasını da dikkate alarak ertelenmiş hapis cezasını, infaz edilmesi gereken (ertelenmemiş) para cezasına göre daha lehe olarak kabul etmiştir.⁶⁸ Somut

⁶⁶ Sanığın aleyhte değişirme yasağının sağladığı korumadan vazgeçip vazgeçemeyeceği, örneğin yukarıda belirtilen kriterlere göre lehe olduğu tespit edilen ceza yerine daha ağır olduğu kabul edilmekle beraber kişisel durumu nedeniyle lehine gördüğü cezayı tercih edip edemeyeceği ayrı bir konudur ve aşağıda, “Sanığın Kuralın Sağladığı Korumadan Vazgeçme Hakkının Bulunup Bulunmadığı” başlığı altında ayrıca incelenecektir.

⁶⁷ Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s.145 vd; Selçuk, s. 30.

⁶⁸ «İlk hükümde, sanık hakkında hükmedilen hapis cezası ertelendiği halde, verilen ikinci hükümde ise hapis cezasının adli para cezasına çevrilip taksitlendirildiği, 5237 sayılı TCK'nın 50 ve 51. maddelerinin her ikisinin de kişiselleştirme kurumu ve birbirlerine öncelikleri bulunmamakta ve birinin diğerine göre daha lehe olduğu ilke olarak ileri sürülemeyecek lehe-aleyhe durumun somut olaydaki şartlar dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiğinden ilkesel olarak kazanılmış hak ilkesinin zedelendiğinden söz edilemeyecek ise de, mahkemece lehe temyiz davası üzerine, ilk hükümde ertelenen, ikinci hükümde ise adli para cezasına çevrilip, taksitlendirilen cezada, bu uygulamanın gerekçesi göster-

olay bakımından varılan sonuç doğru olabilir, ancak objektif olarak tayin edilmesi gereken cezanın ve lehe yasanın tayini esnasında sanığın iradesinin esas alınmasını isabetli bulmamaktayız. Bu konudaki zorlukların ve tespit edilen cezanın amacı dışında ortaya çıkabilecek olumsuzların önüne geçilmesi bakımından sanığa aleyhte değiştirme yasağının sağladığı korumadan vazgeçme hakkı tanınması bir çözüm yolu olabilir diye düşünmekteyiz.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin aksine, CGK'nın ertelenmiş hapis cezasının infaz edilecek para cezasına göre daha ağır kabul ettiği anlaşılmaktadır. Karara konu olayda sanığın kasten yaralama suçundan TCK'nın 86/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve tayin olunan hapis cezasının ertelenmesine karar verilmiş ve hüküm temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Bu hüküm aleyhine kanun yararına bozma yasa yoluna başvurulması üzerine Yargıtay 2.Ceza Dairesi'nce, "*hükmolunan kısa süreli hapis cezasının, 5237 sayılı TCY'nın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi*" nedenleriyle yasa yararına bozulmasına, yerel mahkeme kararında hüküm ertelenmiş olduğundan bu hususun kazanılmış hak oluşturduğuna hükmetmiştir. Yargıtay C.Başsavcılığı'nca Özel Daire kararına itiraz edilmesi üzerine, CGK, Özel Dairece verilen hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesine ilişkin hükmü isabetli bulmuştur. Bununla birlikte, yasal olanak bulunmamasına karşın, "*yerel mahkeme kararında erteleme hükmünün uygulanmasının kazanılmış hak oluşturduğu*" gerekçeyle hükmolunan adli para cezasının ertelenmesine karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.⁶⁹ Böylece CGK'nın ertelenmiş hapis cezasını para cezasına göre daha

ılmemiş, sanığın ekonomik durumunun zayıf olduğu şeklindeki savunması ve dosyadaki diğer deliller karşısında, yapılan ikinci uygulamanın somut olaydaki şartlar itibariyle aleyhe olduğu anlaşılmakla.. hükmün .. bozulmasına" (12.CD, 14.03.2012, 2012/847 E, 2012/7184 K).

"...İlk hükmünde, sanık hakkında hükmedilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilip, taksitlendirilmesi verilen ikinci hükümde ise hapis cezasının ertelenmesi, 5237 sayılı TCK'nın 50 ve 51. maddelerinin her ikisinin de kişiselleştirme kurumu ve birbirlerine önceliklerinin bulunmaması ve birinin diğerine göre daha lehe olduğunun ilke olarak ileri sürülemeyecek olması, lehe-aleyhe durumunun ancak somut olaydaki şartlar dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiğinden, mahkemece lehe temyiz davası üzerine, ilk hükmünde adli para cezasına çevrilip, taksitlendirilen cezanın, ikinci hükümde neden hapisteye bırakılıp, ertelendiğinin gerekçesi gösterilmemiş ise de, sanığın ekonomik durumunun zayıf olduğu şeklindeki savunma ve dosyadaki diğer deliller karşısında, yapılan ikinci uygulamanın kazanılmış hak ilkesini ihlal edici nitelikte bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır." 12.CD, 2011/12504 E, 2012/7305 K.

⁶⁹ "Yerel mahkemenin temyiz edilmeksizin kesinleşen ve hükümlününün 5237 sayılı TCY'nın 86/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve bu cezasının TCY'nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesine ilişkin hükmününün, Özel Dairece "hükmolunan kısa süreli hapis cezasının, 5237 sayılı TCY'nın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi" nedenleriyle yasa yararına bozulmasında, hükmün davanın esasını çözen bir mahkûmiyet hükmü olması nedeniyle "aleyhe sonuç doğurmama" kuralı kapsamında kaldığı ve hükümlü aleyhine sonuç doğmaması gerektiği konularında bir duraksama bulunmamaktadır. Daha önce işlediği bir suç nedeniyle verilen ve 21.05.1982 tarihinde kesinleşen 10 aylık erteli hapis cezasının esasen vaki olmaması sayılması nedeniyle herhangi bir sabıkası bulunmayan hükümlü hakkın-

ağır kabul ettiği anlaşılmaktadır. Aksi halde 2.CD'nin, hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi gerekçesiyle yaptığı bozmanın isabetsiz olduğuna hükmetmesi gerekirdi; zira para cezasının ertelenmesi mümkün olmayacaktır. Özetlemek gerekirse, CGK ertelenmiş hapis cezası ile para cezası arasında tercihini para cezası lehine kullanmıştır. Para cezasının, ertelenmiş de olsa hapis cezasına göre daha lehe kabul edilmesini isabetli bulmakla beraber ulaşılan sonucun isabetli olmadığını düşünmekteyiz.⁷⁰

V. ALEYHTE DEĞİŞTİRME YASAĞININ UYGULAMA ALANI

A. GENEL OLARAK

Aleyhte değiştirme yasağı ancak yasal yollara başvuru halinde uygulanma imkânı bulabilir; ceza muhakemesinin bütünü bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir ilke değildir. Yasak, yalnızca mahkûmiyet hükümleri bakımından etkisini gösterir. Beraat ve düşme kararının gerekçesine yönelik olarak yasa yoluna başvurulması halinde, inceleme mercii düşme ve beraat kararının isabetli olmadığını tespit etse dahi sonuçta düşme veya beraat kararı vereceğine göre, bu gibi hallerde hükmün bozulmasının bir yararı olmayacaktır. Yararı olmayan hallerde de hükmün bozulması mümkün değildir.

Hukukumuzda göre, aleyhte değiştirme yasağı yalnızca istinaf ve temyiz yasa yolları bakımından değil, kanun yararına bozma (CMK 309/4-b md) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK 323/2 md) gibi olağanüstü yasa yolları bakımından da uygulanma yeteneğine sahiptir.

da yerel mahkemece 5237 sayılı TCY'nın 86/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca hükmedilen 30 günden az hapis cezasının aynı Yasanın 50/3. maddesine göre 1. fıkrada sayılı 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 CYY'nın 309/4-d maddesi uyarınca yerinde bir uygulamadır. Ancak yerel mahkemenin kesinleşen hükmündeki bir hukuka aykırılığı bu şekilde gideren Özel Dairece, "yerel mahkeme kararında erteleme hükmünün uygulanmasının kazanılmış hak oluşturduğu" gerekçesiyle, yasal olarak bulunmamasına karşın hükmolunan adli para cezasının ertelenmesine karar verilerek suretiyle yeni bir hukuka aykırılık oluşturulmuştur. Bu uygulama yasa yararına bozma kurumunun amacına uymamaktadır. Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire yasa yararına bozma kararından adli para cezasının ertelenmesine ilişkin kısmın çıkarılmasına karar verilmelidir." CGK, 23.11.2010, 2010/2-180 E, 2010/233 K. aynı yönde bkz. CGK, 23.11.2010, 2010/2-181 E, 2010/234 K.

⁷⁰ CGK'nın ulaştığı sonuçlardan hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesinin hukuka uygun olduğuna ilişkin olanı en azından objektif olarak sanık lehinedir. Ancak dönüştürülen para cezasının ertelenmesinin hukuka aykırı olduğuna ilişkin kısmı ise sanık aleyhinedir. Dolayısıyla sanık lehine yapılan başvuru üzerine hem sanık lehine, hem de aleyhine bir sonuç ortaya çıkmıştır. Kanımızca, sanık lehine kanun yoluna başvuru üzerine, hükümde bir yasaya aykırılık bulunsa da sonuç sanık aleyhine ağırlaştırılmaz; o nedenle CGK'nın hapis cezasının ertelenmesini isabetli bulmayan hükmünün doğru olmadığını düşünmekteyiz.

B. İTİRAZ YASA YOLU

1. Genel Olarak

Kanun yollarına ilişkin genel hükümlerin öngörüldüğü 5271 sayılı CMK'nın Altıncı Kitabı'nın, genel hükümler başlığını taşıyan birinci bölümünde yer alan CMK'nın 265. maddesinde, C.Savcısı tarafından kanun yoluna sanık lehine başvurulduğunda yeniden verilen hükmün önceki hükümle tayin edilen cezadan daha ağır bir ceza içermeyeceği belirtilmektedir. Kanun yollarına ilişkin genel hüküm niteliğinde bulunan bu hükümde ayırım yapılmadan C.Savcısının lehe "kanun yoluna" başvurusundan söz edilmektedir. İtiraz da bir kanun yolu olduğuna göre, bu hükmün itiraz yasa yolu bakımından da gözetilmesi gerektiği, yani C.Savcısının sanık lehine itiraz yoluna başvurusu halinde yeniden verilecek hükmün önceki hükümde yer alan cezadan daha ağır olmayacağı iddia olunabilir. Esasen, aleyhte değiştirme yasağının, yasa yollarının doğası gereği mevcut olduğu, dolayısıyla kanunda düzenlenmese dahi bütün yasa yolları bakımından göz önünde bulundurulması gerektiği de bu savunulabilir.⁷¹ Bu düşünceyledir ki kuralın yasal olarak düzenlenmediği Amerika Birleşik Devletlerinde içtihat yoluyla aleyhte değiştirmeye bazı sınırlamalar getirilmiştir.⁷²

Buna karşılık, hukukumuzda temyiz, (CMK 307/4; istinaf (CMK 283 md), kanun yararına bozma (CMK 309/4-b md) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK 323/2 md) bakımından aleyhte değiştirme yasağı açıkça düzenlendiğine göre, itiraz yasa yolu bakımından kuralın uygulanmasının istenmediği sonucuna ulaşılabılır. Gerçekten, genel nitelikteki bu hükmeye rağmen, temyiz, istinaf, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi bakımından ayrıca bir düzenleme yapılarak, bu yasa yollarına sanık lehine başvurulmasından sonra verilecek hüküm ile tayin edilecek cezanın önceki hükümle tayin edilen cezadan daha ağır olamayacağı şeklinde bir düzenleme yapılması ihtiyacı duyulduğuna, itiraz bakımından ise bu yönde bir düzenleme yapılmadığına göre aleyhte değiştirme yasağının itiraz yasa yolu bakımından uygulanamayacağı da savunulabilir. Uygulamada da itiraz yasa yolu bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanamayacağı genel olarak kabul edilmektedir.⁷³ Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar da itiraz yasa yoluna tabi olduğuna göre, bu tür kararlar bakımından da aleyhte değiştirme yasağının uygulanamayacağı tereddütsüz olarak ileri sürülebilir. Kişisel kanaatimiz, gerek kuralın kabul edilmiş amacı, gerekse de bütün yasa yolları bakımından uygulanma yeteneği bulunan genel nitelikteki TCK'nın 265. maddesi hükümleri dikkate alındığında, aleyhte değiştirme yasağının itiraz yasa yolu bakımından da geçerli olduğu şeklindedir. Her ne kadar CMK'nın 265. maddesinde yalnızca C.Savcısının

⁷¹ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s.96.

⁷² Jerold H.Israel/Wayne R.LaFave, Criminal Procedure, Constitutional Limitations, in a Nutshell, Minnesota, United States of America 1993, s. 474-475. Ashman, s.928 vd; Aplin, s.427 vd.

⁷³ 1.CD, 3.9.2012, 2012/4326 E, 2012/5844 K; 13.CD, 4.7.2012, 2012/10457 E, 2012/15571 K.

lehe yasa yoluna başurmasından söz edilmiş ise de, sanık veya onun lehine yasa yoluna başuru halinde de yasak geçerli olacaktır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların niteliği ve ortaya çıkan çeşitli ihtimaller bu konunun ayrıca tartişılmasını gerektirmektedir.

2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Kararlar

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı bünyesinde iki kararı barındırmaktadır. Bunlardan biri açıklanmaması nedeniyle henüz hukuki varlık kazanmayan, bu niteliği itibariyle de gerek olağan, gerekse olağanüstü kanun yolları denetimine konu olamayan; ancak açıklanđında temyiz yasa yoluna tabi hükümdür ki bu hüküm inceleme alanımızın dışında kalmaktadır. Diğeri ise bu hükümün hukuki varlık kazanmasını belirli bir süre engelleyen; itiraz yasa yoluna tabi hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi sanığın onayına bağlıdır; o nedenle sanığın bu karara itiraz etmesinin mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu karar sanığın en lehine olan bir karar değildir; dolayısıyla hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine rıza gösteren sanığın da bu hükme karşı yasa yollarına başurmasında hukuksal menfaati bulunmaktadır.

Sanık, esas itibariyle iki nedenle hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edebilir. Sanık, ilk olarak hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesine ilişkin koşulların bulunmadığını ileri sürebilir. Örneğin, zararın giderilmediği, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olunduğu, suçun hükümün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında bulunmadığı vb. Görüldüğü üzere bu sebepler sanığın aleyhinedir ve sanığın bu sebeplere dayanarak yasa yoluna başurmakta bir menfaatinin bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak yargılamaya devam edilmesi halinde sanığın beraat etmesinin ihtimal dâhilinde olduğu ileri sürülerek sanığın hükümün açıklanmasının koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz yoluna başurulabileceği de iddia olunabilir. Kanımızca yasa yoluna başurmadaki menfaat belirlenirken onun uzak etkisinden ziyade başurulan yasa yolu bakımından bir değerlendirmede bulunulmalıdır. O nedenle, hukuksal menfaati olmadığından, sanığın hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının objektif koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz yasa yoluna başuramayacağı görüşündeyiz. Kaldı ki hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi sanığın kabulüne bağlıdır (CMK 231/6-c md). O nedenle, itiraz mercii bu gibi hallerde sanığın hukuksal menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar vermelidir.

İkinci itiraz nedeni ise esasa ilişkin olabilir; yani sanık beraat etmesi gerektiği, zamanaşımının dolduğu vb. nedenlere dayalı olarak itiraz yoluna başurabilir. Kuşkusuz ki beraat ve düşme kararı sanığın daha lehinedir, dolayısıyla sanığın bu sebeplere dayalı olarak itiraz yoluna başurmasında bir menfaatinin bulunduğu ve bu

sebeplere dayalı olarak itiraz yasa yoluna başvurabileceği savunulabilir. Ancak itiraz mercii yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin yasadaki öngörülen koşulların mevcut olup olmadığı noktasında bir inceleme yapabilir; suçun sübut bulup bulmadığı, nitelendirmenin doğru yapıp yapılmadığı veya düşme nedenlerinin mevcut olup olmadığı gibi konularda herhangi bir inceleme yapamaz.⁷⁴ Gerçekten bu yetkiler istinaf ve temyiz mahkemesine ait olup CMK'nın 267 ve devamı maddelerinde itiraz mercii bu şekilde bir yetki verilmemiştir. O nedenle, itiraz mercii bu gibi hallerde sözkonusu itirazı inceleme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar vermesi lazımdır. Halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 320. maddesinde, Yargıtay, "*hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder*" şeklinde bir hüküm mevcut ise de bu hüküm temyiz incelemesine ilişkin olup itiraz bakımından uygulanma yeteneği bulunmamaktadır. İtiraz mercii, deyim yerinde ise her nasılsa dosya önüne geldi diğer noktalardan da inceleme yapayım şeklinde bir değerlendirmede bulunamaz; itiraz edilmeyen bir hususta karar veremez. Özetlemek gerekirse, biz, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itiraz bakımından aleyhte değiştirme yasağına ilişkin bir sorunun ortaya çıkmayacağını düşünmekteyiz. C.Savcısı veya katılanın aleyhte itiraz yoluna başvurması halinde ise sanık aleyhine bir hüküm verilebileceği açıktır. Dolayısıyla bu halde de aleyhte değiştirme yasağının uygulanması mümkün değildir.

Ancak Yargıtay, itiraz mercilerinin, sanığın beraat etmesi gerektiği şeklindeki itirazları inceleme yetkilerinin bulunmadığına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamakta, itiraz üzerine ortaya çıkan aleyhe sonucu da aleyhte değiştirme yasağı kapsamında ele almaktadır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan itiraz üzerine aleyhte değiştirme yasağının uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁵ Bununla birlikte Yargıtay'ın genel uygulaması aksi yöndedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi aşağıya aktarılan Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin kararına da yollamada bulunarak, "*CMUK'nun halen yürürlükte bulunan 326. maddesinin son fıkrasında sanık yararına yapılan temyizlerde kararın bozulması durumunda eskisinden daha ağır ceza verilemeyeceği yönünde bir kural konulmuştur. Bu kural yalnız temyiz yolu incelemesi için konulmuş özel bir hükümdür. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin yasal düzenlemede böyle bir hükme yer verilmemiştir. Bu bağlamda CMUK'nun halen yürürlükte bulunan 326/son maddesinin örneksene yoluyla bu hükümlerde uygulanması olanağı*" olmadığına hükmetmiştir.⁷⁶

Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin kararına konu olan bir olayda; sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş, sanık müdafisi, sanığın

⁷⁴ CGK, 03.02.2009, 2008/11-250 E, 2009/13 K.

⁷⁵ 3.CD, 21.6.2011, 2011/6962 E, 2011/8790 K.

⁷⁶ 1.CD, 3.9.2012, 2012/4326 E, 2012/5844 K.

beraat etmesi gerektiği gerekçesiyle karara itiraz etmiştir. İtiraz mercii, mağdurun zararının giderilmemesi nedeniyle sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar vermiştir. Kesinleşen bu karara karşı; “İzmir 4. Çocuk Mahkemesince sanıklar hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara sanık müdafileri tarafından, sanıkların beraat etmesi gerektiği yönünde itiraz da bulunulduğu, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yönelik bir itirazın bulunmadığı, mercii İzmir 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinin sadece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesinin şartlarının olup olmadığını, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını inceleyebileceği, şartların varlığı hâlinde sanıklar lehine olan durumun sanıklar aleyhine olacak şekilde kaldırılıp, yeniden duruşma yapılarak hükmün açıklanmasına karar verilmesi yönünde karar verilemeyeceği gözetilmeden, itirazın reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediği” gerekçesiyle kanun yararına bozma yasa yoluna başvurulmuştur. Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 5271 sayılı CYY’nın 309. maddesindeki aleyhe bozma yasağının sadece davanın esasını czmleyen hükümlerle sınırlı olduğu, zararın giderilmesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının objektif koşullarından bulunduğu gerekçesiyle kanun yararına bozma istemini yerinde görmemiştir.⁷⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu yeni vermiş olduğu bir kararda⁷⁸, CMK’nın 271/2 maddesinde yer alan, “itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” şeklindeki düzenlemeden ne anlaşılması gerektiğine bir açıklık kazandırmaya clışmıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre, itiraz mercii, suç vasfına yönelik aleyhe başvuru “zerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı

⁷⁷ 13.CD, 4.7.2012, 2012/10457 E, 2012/15571 K.

⁷⁸ CGK, 22.01.2013, 2012/10-534 E, 2013/15 K. Karara konu olayda, uyuşturucu madde ticareti suçundan sanık (B.T) hakkında yapılan yargılama sonucunda eylemin uyuşturucu madde kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilerek 5237 sayılı TCK’nun 191/1. maddesi gereğince 1 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, aynı maddenin 2-5. fıkraları gereğince tedavisine ve tedaviden sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmiş ve bu karar sanık müdafisi tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz zerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesi, “dosya kapsamına göre; olay günü, saat 22.50 sıralarında, sanığın görevlileri görünce avucunun içinde bir şeyler saklamaya clıştığı, avucunun içine bakıldığında toplam 22 adet amfetamin etken maddesi içeren hap olduğunun belirlendiği, motosikletinde yapılan aramada da 5,9 gr esrar içeren 8,43 gr kaba esrarın ele geçirildiği anlaşılmakta olup; oluşa ve ele geçirilen hapların sayısına ve ayrıca esrar ele geçirilmesine göre, sanığın eyleminin satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı biçimde hüküm kurulması”nı isabetsiz görerek, ceza miktarı bakımından kazanılmış hak saklı kalmak kaydıyla bozulmasına karar verilmiştir (10. CD, 29.03.2010, 2009/2693 E, 2010/7071 K). Yerel mahkeme, sanığın uyuşturucu sattığı ya da başkalarına verdiğine dair delillerin bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı vererek sanık hakkında bu defa TCK’nın 191/2-3-4. maddeleri uyarınca tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar vermiştir. Bu hüküm ise o yer C.Savcısı tarafından eylemin uyuşturucu madde ticareti suçunu oluşturduğu gerekçesiyle temyiz edilmiştir. CGK öncelikle verilen kararın temyiz değil, itiraz yasa yoluna tabi olduğuna hükmetmiştir. Daha sonra ise itiraz merciiinin yapacağı incelemenin kapsamını belirlemeye clışmıştır.

sanık müdafine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da” verilen hükmün isabetli olup olmadığına karar vermelidir. Karara konu olayda C.savcısı tarafından aleyhe itiraz yoluna başvurulması nedeniyle CGK aleyhte değiştirme yasağına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Ancak sözkonusu karardan, lehe başvuru üzerine de itiraz merciinin hem maddi olay hem de hukuki yönden inceleme yapılacağı anlaşılmakta ve itiraz merciinin suçun yanlış olarak nitelendirildiği sonucuna ulaştığında hükmün isabetli olmadığına karar vermesi gerektiği, bu kararın sanık lehine olabileceği gibi aleyhine de olabileceği sonucu çıkmaktadır. Hem maddi olay, hem de hukuksal yönden inceleme yapan ve gerektiğinde suçun niteliğinin yanlış belirlendiğine karar verebilen itiraz merciinin adeta bir istinaf yetkisi kullandığı dikkate alındığında, CMK’nın 265. maddesi hükümlerine dayanılmasa bile CMK’nın 283. maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanarak aleyhte değiştirme yasağının bu yasa yolu bakımından uygulanması lazımdır. Kaldı ki, CMK’nın 265. maddesi bütün yasa yollarına ilişkin bir hüküm olduğundan itiraz yasa yolu bakımından da uygulanma yeteneğine sahiptir.

Sanığın denetim süresi içinde bir suç işlemesi veya öngörülen yükümlülüklerle uymaması halinde mahkeme hükmü açıklayacaktır. Açıklanan hükümdeki ceza, önceden tayin edilen ve açıklanması geri bırakılan hükümdeki cezadan fazla olamaz. Bu durum, CMK’nın 231/11. maddesi hükümlerinin bir sonucu olup, aleyhte değiştirme yasağı ile ilgili değildir.⁷⁹

C. UYARLAMA YARGILAMASI

Uyarlama yargılaması da denilen yargılama türünde, yeni yasanın daha önce kesinleşmiş hükümle sabit kabul edilen ve niteliği tespit edilen fiil bakımından daha lehe hükümler taşıyıp taşımadığı belirlenmeye çalışılır. Yeni yasanın lehe hükümler taşıdığı tespit edildiğinde eski hüküm kaldırılarak yeni yasaya göre yeni bir hüküm verilir; aksi halde eski hüküm infaz edilir. Uyarlama yargılaması, infaz aşamasında yapılarak kural olarak hangi cezanın lehe olduğu ve infaz edilmesi gerektiğini tespit etmeyi amaçlayan bir yargılamadır. Ancak infaz rejimine, cezanın ne şekilde infaz

⁷⁹ Yargıtay 13. Ceza Dairesi, vermiş olduğu bir kararda, açıklanan hükümdeki cezanın fazla olamayacağını aleyhte değiştirme yasağına dayandırmıştır: “12.07.2006 günlü kararda işyeri dokunulmazlığını ihlal suçundan hüküm kurulurken 5237 sayılı TCK’nın 119/1-c maddesinin uygulanmaması sonucu eksik cezaya hükmedilmesi ve kararın kesinleşmesi karşısında, tayin edilen ceza miktarı itibarıyla kazanılmış hak oluştuğu, bu nedenle dosyanın suça sürüklenen çocuğun denetim süresi içinde yeni bir suç işlemesinden sonra ele alınıp yapılacak yargılamada verilen cezanın önceki hükmün açıklanmasından geriye bırakılmasına dair hükmünde tayin edilen cezadan ağır olamayacağı ve koşullarının varlığı halinde cezanın ertelenmesine de engel bir durum bulunmadığı gözetilmeden, yanlış değerlendirme sonucu 06.10.2004 günlü hükmün, ceza miktarı itibarıyla suça sürüklenen çocuğun aleyhine sonuç doğurduğu halde aksinin kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi suretiyle 1412 sayılı CMUK’un 326. maddesine aykırı davranılması”, 13. CD, 25.09.2012, 2011/34127 E, 2012/19697 K.

edilmesi gerektiğini belirlemeye yönelik değildir. Uyarlama yargılamasında, kural olarak kesinleşmiş, varlığı sabit kabul edilmiş eylemin yeni yasa karşısındaki durumu, bu fiile yeni yasanın daha lehe hükümler öngörüp öngörmediği belirlenmeye çalışılır. Yargıtay, bu yargılamanın sonraki yasanın lehe hükümlerinin saptanması ve uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi ile sınırlı ve kendine özgü bir yargılama olduğunu, o nedenle lehe yasanın tespiti amacıyla yapılan yargılamada, önceki karar dışına çıkılmayarak, kesinleşen hükümdeki suça uygulanması olanağı bulunan yasa hükümlerinin tamamının uygulanması ve bulunacak cezaların karşılaştırılıp lehe yasanın saptanması ile yetinilmesi gerektiğini belirterek, gerek 5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesine, gerekse 5275 sayılı Yasa'nın 98. maddesine göre yapılmış olsun, "uyarlama kararı"nın infaza ilişkin bir karar niteliğinde olduğuna, infaza ilişkin kararlar bakımından ise aleyhte değiştirme yasağının geçerli olmadığına hükmetmektedir.⁸⁰

Belirtelim ki Yargıtay'ın ulaştığı bu sonucu CMK'nın 307/4 ve halen yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'nun 326/son maddesi hükümlerine dayandırmak mümkün değildir; her iki maddede de uyarlama yargılaması bakımından aleyhte değiştirme yasağını dışlayıcı bir ifade yer almamaktadır.⁸¹ Kaldı ki bazen yeni yasa

⁸⁰ CGK, 2010/11-1 E, 2010/72 K.

⁸¹ Yüksek Mahkemenin, uyarlama yargılamasında aleyhte değiştirme yasağının uygulanamayacağına ilişkin kararına karşı ileri sürülen şu itirazlara tatmin edici bir cevap verilebilmiş değildir. Karşı oy: "Uyarlama yargılamasında verilen kararlar, temyize tabi kararlardır. Farklı bir yargılama yöntemi kabul edilmediğine göre, hükümlü örneksene yoluyla sanık gibi yargılanacaktır. Bu durumda sanığa tanınmış tüm haklardan yararlanması doğaldır. Temyiz kanun yoluna başvurulmasını benimsedikten sonra "aleyhe bozmama" ilkesinin uygulanmamasının hiçbir haklı nedeni olamaz. Aleyhe temyiz edilmeyen bir hüküm temyiz edilmeden önce neyse öyle kalmalıdır.

Karşıtını düşündüğümüz zaman şu soruların yanıtını bulmak zorundayız:

1) 1412 sayılı CMUK'nun temyize ilişkin 305-326. maddeleri istinaf mahkemeleri kuruluncaya kadar yürürlükte dir. 326. madde aleyhe bozma yasağını düzenlemektedir. Sanıklar bakımından uygulandığı gibi hükümlü hakkında da temyize ilişkin diğer tüm maddeler uygulanacaktır. Buna karşın, aynı bölümde yer alan 326. maddenin son fıkrası uygulanmayacaktır. Neden ve hangi ölçüye göre?

2) 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi yürürlükte dir. Bu maddenin 4. fıkrası, savunma hakkını çiğneyen usul yanlışlıklarını içeren hükmün bozulmasını ve bozmadan önceki cezanın aşılmaması koşuluyla yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan, bu madde esasa ilişkin kararlarda aleyhe bozma yasağını öngörmektedir. O halde, burada şöyle düşünülebilir; hükmün aleyhe bozulma olasılığına karşı kararın kesinleşmesini sağladıktan sonra, yanlış olduğu sanılan hususlarda 'kanun yararına bozma' yoluna başvurmak daha garantilidir.

Duruşma açılmadı diye temyiz eden hükümlüye, sen temyiz ettin ama ceza daha ağır olacak diyeceğiz, diğer yandan, kanun yararına bozma yöntemine başvuran aynı koşullardaki hükümlüye, yanlış olmuş kararını bozacağız, daha ağır cezayı hak etmiştin, ne var ki cezan eskisi gibi kalacak diyeceğiz. Burada kabahat kimin, temyiz başvurusunu yapana bunu açıklamak zor olsa gerek.

3) Cumhuriyet savcısının ve katılanın temyiz hakkı var kabul ediliyor. Peki onlara şöyle mi diyeceğiz? "Sizin temyiz hakkınız var, ama aleyhe olmaz, çünkü aleyhe bozma yasağını kabul etmiyoruz, buna gerek yok, ama isterseniz lehe temyiz edebilirsiniz". Bu durum temyiz kurumunun içeriğiyle bağdaşır mı?

4) Aleyhe bozma yasağının kabul görmemesinin nedeni olarak, "suçluların etkin bir şekilde cezalandı-

eskiden suç sayılan bazı fiilleri suç olmaktan çıkarabilir, unsurlarını veya nitelikli hallerini değiştirebilir. Örneğin, 5237 sayılı TCK'da kavgada ölene el uzatmak suçuna yer verilmemiştir. Bu durumda kesinleşen hükümdeki fiilin yeni Kanun'a göre suç teşkil edip etmediği veya hangi suçu oluşturduğunun tespiti gereklidir. Fiilin niteliksiz kasten yaralama suçunu oluşturduğunun tespiti halinde bu suçtan hüküm kurulacaktır; bu suç şikâyete tabi olup ölenin ölmeden önce şikâyetinin mevcut olmaması halinde ise düşme kararı verilecektir. Yine 5237 sayılı TCK'da kavgada silah boşaltmak suçuna yer verilmemiştir. O nedenle uyarılama yargılaması sırasında sabit olduğu kabul edilen fiilin başka bir suçu oluşturup oluşturmadığı belirlenmeye çalışılacak, eylemin yeni Yasa'da kabul edilen suç tiplerini ihlal etmediğinin anlaşılması halinde beraat kararı verilecektir. Keza her ne kadar 765 sayılı Yasa'da düzenlenen kastın aşılması suretiyle adam öldürme fiilinin yeni yasadaki neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçunu oluşturduğu, Yüksek Mahkememizin ifadesiyle karşılığının 5237 sayılı TCK'nın 87/4 maddesindeki suç olduğu kabul edilmekte ise de bu görüşte isabet yoktur. Zira 5237 sayılı TCK'nın 452. maddesinde objektif sorumluluk sözkonusu idi, oysa TCK'nın 87/4 ve bu maddenin yollamada bulunduğu aynı TCK'nın 23. maddesine göre meydana gelen ağır sonuç bakımından sanığın en azından taksir seviyesinde bir kusurunun bulunması lazımdır. Aksi halde sanık yalnızca kasten yaralama suçundan sorumlu tutulabilir. Buna göre uyarılama yargılaması yapan mahkeme kesinleşen hükme konu olayda failin meydana gelen ağır netice bakımından en azından taksir seviyesinde bir kusurunun bulunup bulunmadığını araştırarak, failin taksirinin bulunmadığı sonucuna ulaştığında faili yalnızca kasten gerçekleştirmiş olduğu yaralama suçundan sorumlu tutabilecektir. Ayrıca 765 sayılı TCK'na göre basit yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi halinde 452. maddenin uygulanması mümkün iken, 5237 sayılı TCK'nın 87/4 maddesinin uygulanması için yaralamanın 86/1 maddesindeki düzeyde olması lazımdır. Yaralamanın 86/1 kapsamında olup olmadığı araştırılacak, olmadığının anlaşılması halinde sanığın kusurluluk durumuna göre kasten yaralama (TCK 86/2), taksirle veya bilinçli taksirle adam öldürme seçenekleri değerlendirilerek bir hükme varılması gerekecektir. Görüldüğü üzere, bu araştırma ve değerlendirmeler Yüksek Mahkememizin kabulünün aksine esasa;⁸² bir suçun mevcut olup olmadığı, mevcut ise niteliğinin ne olduğuna ilişkindir. O nedenle en azından bu gibi hallerde aleyhte değiştirme yasağının geçerli olması lazımdır.⁸³

rilmasının gerekmesi ve bozulan toplum barışının yeniden sağlanmak istenmesi gösterilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, bizzat yargı eliyle hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucu hukuk düzenimize karşı oluşan güvensizlik, daha ağır sonuçlar doğuracaktır.

Sonuç olarak, 'uyarılama yargılaması'nda verilen kararlar, infaz hükmü değildir. Bu kararlara karşı temyiz yasa yolu açıktır. 1412 sayılı CMUK'nun 326/son maddesinde yer alan aleyhe bozma yasağı bu kararlar için de geçerlidir." CGK, 20.06.2006, 2006/10-124 E, 2006/165 K. (Salih Zeki İskender)

⁸² CGK, 20.6.2006, 124/165.

⁸³ Nitekim, Feyzioğlu'da, "hukuki sorunun yanı sıra maddi sorununun da ele alındığı uyarılama yargılamalarında CMK md. 326/4'ün kıyasen uygulanabileceği, buna karşın yalnızca hukuki sorunun

VI. SANIĞIN, KURALIN SAĞLADIĞI KORUMADAN VAZGEÇME HAKKININ BULUNUP BULUNMADIĞI

Yukarıda, ceza kanunlarının emredici özelliği uyarınca lehe cezanın sanığın iradesinden bağımsız olarak objektif bir biçimde tespit edilmesi gerektiğini belirttik. Lehe ceza belirlenirken de yalnızca cezaların kanundaki düzenlemeye göre birbirine oranla ağırlıklarına göre değil, fiile uygulanması mümkün bütün normların somut olaya uygulanarak ve çeşitli ihtimallere göre bir değerlendirme yapılarak sanığın lehine olan cezanın tespit edilmesi gerektiğini ifade ettik. Buna rağmen, mahkemece lehe olduğu kabul edilen ceza somut olayda sanık tarafından lehe görülmeyebilir. Gerçekten, bazı hallerde objektif olarak aleyhte görülen bir durum sanığın sübjektif durumu bakımından lehe olabilir ve bu nedenle bazı hallerde sanık aleyhte değiştirme yasağının sağladığı korumadan yararlanmak istemeyebilir. Örneğin, sanık ertelenmiş hapis cezasını para cezasına göre daha lehe görebilir ki, bu anlaşılabilir bir durumdur.

Acaba bu gibi hallerde sanık aleyhte değiştirme yasağının sağlamış olduğu korumadan vazgeçebilir mi? Örneğin, sanık aleyhte değiştirme yasağının yargılandığı somut davada uygulanmamasını talep ettiğinde, bu yöndeki talebi kabul edilebilir mi? Hukukumuz bakımından üzerinde tartışma yapılmayan bu konuda karşılaştırmalı hukukta iki görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, bazı hallerde sanığa bu kuralın sağlamış olduğu haklardan vazgeçme hakkı verilmelidir. Yasağın ceza muhakemesinde sanığın korunması amacıyla kabul edildiği noktasından hareket eden bu görüş taraftarlarına göre, sanık bu ilkenin sağladığı haktan vazgeçebilir.⁸⁴ Buna karşılık, devletin kovuşturma yetkisinin sanığın kişisel isteklerinden bağımsız olarak yerine getirilmesi gerektiği, o nedenle devletin cezanın türü ve miktarı bakımından sanıkla bir pazarlığa girişmesinin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre, sanık, yasa ile düzenlenen aleyhte değiştirme yasağına ilişkin hükümlerin uygulanması noktasında bir hakka sahip değildir. Yasak, cezanın türü ve miktarı bakımından devlete bazı sınırlar koymakta olup, bu sınırların sanığın kişisel tercihlerine göre değiştirilmesi olanağı yoktur. Hukuksal güvenlik ve öngörülebilirlik gereği de bunu gerektirir. Eğer sanığın vazgeçme hakkı kabul edilirse o zaman bunun sınırlarının da belirlenmesi gerekir.⁸⁵

Aleyhte değiştirme yasağı sanık lehine kabul edildiğine göre, sanığın bu haktan vazgeçebileceği ve hâkimin buna göre işlem yapması gerektiği düşünülebilirse

çözümlediği uyarlama yargılamalarında, anılan maddenin hükümlüler açısından kıyasen uygulanmayabileceği kabul edilebilir” demektedir. Metin Feyzioğlu'nun Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na sunmuş olduğu bilimsel görüş için bkz. CGK. 20.06.2006, 2006/10-124 E, 2006/165 K.

⁸⁴ Herke/Toth, Overview of Prohibition of Reformatio in Peius in The Hungarian Criminal Procedure, Lex et Scientia, Volume.1, No: XVIII, Bukarest 2011, s. 20. http://lexetscientia.univnt.ro/download/379_377_lesij_js_XVIII_1_2011_art_002.pdf. (Erişim Tarihi:28.3.2013).

⁸⁵ Herke/Toth, Overview of Prohibition of Reformatio in Peius, s. 20-21

de, ceza davası hukuk davasından farklı olup, ceza kanunlarının emredici özelliği uyarınca bu alanda da sanığın iradesine değer tanınmanın mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Bazen hukuka aykırı bir uygulama sonucu hem lehe hem de aleyhe bir sonuç ortaya çıkabilir. Örneğin, seçenekli ceza öngörülen hallerde hapis cezası tercih edilmiş ise bu cezanın artık para cezasına dönüştürülmesi mümkün değildir. Seçenekli cezalardan hapis cezasının tercih edilip, bu cezanın adli para cezasına dönüştürülmesi ve dönüştürülen adli para cezasının da temyiz sınırının altında kalması halinde durum böyledir.⁸⁶ Zira hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi lehe olmasına rağmen, sanığın temyiz hakkını yitirmesi aleyhine bir durumdur. Daha lehe bir ceza tayin edilmesine rağmen, sanık hükmün hukuka aykırı olduğu düşüncesinde ise bu hüküm sanığı tatmin etmeyecektir. Hâkimin yaptığı yanlış bir uygulama nedeniyle sanığın hukuka aykırı bir karara katlanmasını savunmak güçtür. Kaldı ki yasa yoluna başvurma hakkı Anayasa'da teminat alınan Anayasal bir haktır. (Ay 36; 40 md).⁸⁷ Yasa yoluna başvurma hakkı, AİHS'ye Ek 7 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde de bir insan hakkı olarak kabul edilmiş olup, hakimın yapmış olduğu bir hata sebebiyle sanığın bu Anayasal hakkından mahrum edilmesi kabul edilemez.

Burada sorunun çözümü için iki görüş ileri sürülebilir:

1) Sanığın yasa yoluna başvurma hakkına sahip olduğu, ancak bu yola başvurduğunda aleyhte değiştirme yasağının sağlamış olduğu korumadan vazgeçmiş olacağı savunulabilir. Gerçekten, sanığın hem daha az ceza almasını sonuçlayan yasaktan istifade etmesi ve hem de ceza miktarına rağmen yasa yoluna başvuru hakkının kabul edilmesinin kuralın aşırı bir uygulaması olduğu ileri sürülebilir.

2) Aleyhte değiştirme yasağının sağladığı korumadan vazgeçilmeden sanığın yasa yoluna başvurma hakkının kabul edilmesi gerektiği iddia olunabilir. Kişisel kanımız, aleyhte değiştirme yasağının sağladığı korumadan vazgeçilmesine gerek bulunmadan sanığın Anayasal bir hak olan yasa yollarına başvurma hakkına sahip olması gerektiği şeklindedir. Yüksek Mahkememiz, bu gibi hallerde sanık aleyhine yasa yoluna başvurulmasını kabul etmesine rağmen, sanığın yasa yoluna başvurma hakkını kabul etmemektedir.⁸⁸

⁸⁶ Anayasa Mahkemesince CMUK'nun 305. maddesinin 2. fıkrasında yer alan 2.000 TL ve altındaki para cezalarının kesin olduğuna ilişkin hükmünün iptalinden önce (Ay.Mah. 23.07.2009 T. 2006/65 E. 2009/114 K. Yürürlük tarihi 07.10.2010) hapis cezasından çevrilmiş olsa bile para cezalarının 2.000 TL ve altında olması halinde temyizi mümkün değildi. 14.4.2011 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girip 6217 sayılı yasa ile 5320 sayılı Yasa'ya eklenen 2. maddesinin yürürlüğe girdiği 6217 sayılı Yasa'dan önce hapis cezasından dönüştürülen para cezasının 2.000 TL ve altında olması halinde temyizi mümkün değildi.

⁸⁷ AİHS'ye Ek 7 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde de, bir ceza mahkemesince hakkında hükümlülük kararı verilen sanığın bir üst mahkemeye başvurarak hükmü incelemek hakkı olduğu belirtilmektedir.

⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu olan bir olayda, Ankara 23. Asliye Ceza

VII. ALEYHTE DEĞİŞİRME YASAĞININ KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

Aleyhte değişirme yasağı uyarınca sanığın aleyhine değiştirilemeyecek olan hususlar yalnızca “ceza” mıdır? Yoksa “ceza” dışında sanığın çeşitli hak ve özgürlüklerini sınırlandıran ve dolayısıyla kabul edilmeleri veya miktar/süre itibarıyla artmaları halinde sanığın aleyhine sonuç doğuran diğer yaptırımlar da bu kural kapsamına dâhil midir? Bu sorulara cevap bulmak ve dolayısıyla aleyhte değişirme yasağının kapsamının ne olduğunu tespit etmek büyük öneme sahiptir.

Bu sorulara sağlıklı bir cevap verilebilmesi için ilkenin kabul edilmiş amacından yola çıkılmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere kanımızca aleyhte değişirme yasağının amacı, sanık veya sanık lehine yasa yoluna başvuran kişilerin sanığın aleyhine bir sonuç ile karşılaşacakları korkusunu yaşamaksızın yasa yollarına başvurmalarını temin etmektir. Bu açıdan bakıldığında yalnız ceza değil, bu korkuya neden olabilecek

Mahkemesi'nin 14.06.2006 tarih ve 197-547 Esas ve Karar sayılı kararıyla sanığın hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nin 142/1-f ve 168/1. maddeleri uyarınca 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, TCY'nin 50/1. maddesi gereğince sanık hakkındaki kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine, TCY'nin 52. maddesi gereğince adli para cezasının 10 tam gün olarak belirlenmesine, adli para cezasının bir günlüğü takdiren 20 YTL'den paraya çevrilerek sanığın sonuç olarak 200 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve bu karar sanık müdafisi tarafından temyiz edilmiştir. Dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 26.12.2008 tarihinde verdiği 2008/19174 E, 2009/23181 K sayılı kararda, “ sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 142/1-f ve 168/1. maddeleri uyarınca hükümlenen 8 ay hapis cezasının aynı kanunun 50/1-a ve 52/2. maddeleri gereğince 20,00 YTL den adli para cezasına çevrilmesi gerekirken, 8 ay hapis cezasının 10 tam gün adli para cezası olarak belirlenip daha sonra 20,00 YTL den hesaplanarak yasal düzenlemelere açıkça aykırı olarak kurulduğu anlaşılan hükmün bu nedenle temyiz edilebilir bulunduğu”nu kabul ederek, yukarıda sözü edilen hukuka aykırılıklar nedeniyle CMUK'nun 326/son maddesi uyarınca aleyhte bozma yasağı gözetilerek hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bu karara itiraz etmesi üzerine CGK, “ 5237 sayılı Yasanın 142/1-f, 168/1 ve 50. maddeleri uyarınca hükmedilen 200 YTL. adli para cezası, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nun 305. maddesi uyarınca kesin olup, hükmün temyiz yeteneği bulunmamaktadır. Hükümde açık hukuka aykırılıkların bulunması da, kesin nitelikteki bir hükme temyiz edilebilirlik vasfı kazandırmaz, Yargıtay'ca denetim olanağı bulunmayan bir hükmün hukuka aykırılıklar taşıdığı gerekçesiyle temyizen incelenmesi olanaksızdır. Zira, 1412 sayılı CYUY'nun 315. maddesi uyarınca temyiz istemi üzerine, hükmü veren mahkemece öncelikle, hükmün temyizinin olanaklı bulunup, bulunmadığı, süresinde açılmış bir temyiz davası olup, olmadığı, istemde bulunanların, buna hak ve yetkileri bulunup bulunmadığı değerlendirilerek, bu koşulların birinin eksik olduğunun saptanması halinde öncelikle temyiz isteminin reddine karar” verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. (CGK, 10.03.2009, 2009/2-43 E, 2009/56 K) Buna karşılık benzer bir olayda Yargıtay 2. Ceza Dairesi, aleyhte temyiz üzerine hükmün incelenebileceğine hükmetmiştir. Özel Daire Kararına göre, “ 5237 sayılı TCK'nun 86/2.maddesinde hapis ve adli para cezalarının seçene olarak öngörülmesi karşısında, seçene yaptırımlardan hapis cezasına hükmedilmişse, bu cezanın artık adli para cezasına çevrilmeyeceğini düzenleyen TCK'nun 50/2.maddesine aykırı olarak sanık Ahmet Ergül hakkında hükümlenen hapis cezasının 1.500.00 TL adli para cezasına çevrilmesi, O Yer C.Savcısının aleyhte temyizi nedeniyle, hükmün temyiz kabiliyetini ortadan” kaldırır (2. CD, 27.05.2009, 2008/23968E, 2009/25622 K). Bu karar aleyhine Ceza Genel Kuruluna itiraz yoluna gidilmemiştir.

diğer yaptırımlar bakımından da aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılır. Bazı ülkelerde de aleyhte değiştirme yasağının ceza ve cezanın sonuçlarını kapsadığı hususunda açık yasal düzenlemeler yapılmıştır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 331/1 maddesinde, sanık, sanığın yasal temsilcisi veya savcı tarafından sanık lehine temyiz yoluna başvurulduğunda fiilin hukuksal yaptırımının tür ve miktar itibarıyla sanık lehine değiştirilemeyeceği belirtilmektedir.⁸⁹ Yaptırım kapsamına ceza girdiği gibi, güvenlik tedbirleri, ceza mahkûmiyetinin sonuçları da girmektedir. Alman hukukunda, ceza, ceza mahkûmiyetinin sonuçları, güvenlik tedbirleri ve müsadere gibi fiile bağlı tüm hukuksal sonuçlar kural kapsamında kabul edilmektedir.⁹⁰ Ancak Yasa'nın açık hükmü gereğince, sanığın bir psikiyatri kliniğine veya tedavi kurumuna yerleştirilmesi kuralın kapsamı dışındadır (Alman CMK 373/2 md). Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise, sanık lehine yapılan temyizde, sanığın durumunun kötüleştirilemeyeceği belirtilmektedir. (Fransız CMK 515/1 md) Görüldüğü üzere Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre kötüleştirilemeyecek olan yalnız "ceza" değil, sanığın "durumu"dur. Buna göre, gerek ceza gerekse de ceza mahkûmiyetinin sonuçları bakımından, sanık ilk hükümdeki durumdan daha elverişsiz bir duruma sokulamayacaktır.⁹¹ Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanununda da mağdur veya C.Savcısı tarafından aleyhe temyiz edilmesi halinde sanığın durumunun kötüleştirilebileceği belirtilerek, kuralın konusunun yalnız ceza değil, sanığın "durumu" olduğu vurgulanmıştır⁹² (Rusya Federasyonu CMK 369/2 md). İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde, hâkimin tür ve miktar itibarıyla daha ağır bir ceza ya da güvenlik tedbiri tayin edemeyeceği belirtilerek güvenlik tedbirleri bakımından da aleyhte değiştirme yasağı açık bir şekilde kabul edilmiştir. Ayrıca, aleyhe temyiz bulunmadıkça ilk hükümde belirlenen yükümlülük ve türleri ile sürelerinin ağırlaştırılması mümkün değildir.⁹³

Kuralın düzenlendiği 5271 sayılı CMK'da yalnızca "ceza"dan söz edilmiş ve "*hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hü-*

⁸⁹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm> (Erişim Tarihi: 12.4.2012).

⁹⁰ Keskin, s. 411.

⁹¹ Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi: 12.4.2012).

⁹² Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz. <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi: 12.4.2012). Norveç Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da ise, savcı tarafından sanık lehine temyiz yoluna başvurulduğunda, hükümde sanık aleyhine herhangi bir değişiklik yapılamayacağı belirtilmektedir. (Norveç CMK 351 md).<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Erişim Tarihi:28.5.2012).

⁹³ İtalyan kanun koyucusu daha da ileri giderek aleyhte değiştirme yasağı uyarınca, sanık daha önce beraat etmiş ise sanığın daha az lehe bir nedenle beraatine karar verilemeyeceğini hüküm altına almıştır (İtalyan CMK 597 md).

kümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” denilmiştir. Mülga 1412 sayılı CMUK’da da benzer bir hüküm yer almıştır. Acaba aleyhe değiştirilemeyecek olan yalnızca “ ceza” mıdır? Yoksa cezanın türü, cezaya bağlı hukuksal sonuçlar da bu kapsamda mıdır? Bir görüşe göre, aleyhe değiştirme yasağının bir istisna olduğu ve üst mahkemenin görevini bir bakıma sınırladığı nazara alınarak bu hükmün dar yorumlanması gereklidir.⁹⁴ Buna karşılık, hükmün kabul edilmiş amacına uygun olarak yorumlanması ve yalnızca ceza değil, cezanın hukuksal sonuçları ve güvenlik tedbirleri bakımından da aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür.⁹⁵ Yüksek Mahkememiz nispeten eski tarihli kararlarında kuralı daha geniş yorumlamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bazı kararlarda, hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁶ Askeri Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da aleyhte değiştirme yasağının “ceza ve cezai neticeleri” kapsadığı belirtilmiştir.⁹⁷ CGK yakın zamanda vermiş olduğu bir kararda yukarıda zikredilen bazı kararlara da yollamada bulunarak “*ilk hüküm sanık tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş olsaydı durum ne olacak idiyse, lehe temyiz bu durumu değiştirmemesi gerektiği*” ne hükmetmiştir.⁹⁸

Aleyhte değiştirmeme yasağının kabul edilmesinin gerekçesi, sanığın daha ağır bir ceza ile karşılaşma korkusu taşımadan temyiz yasa yoluna başvurmamasını sağlamak olduğuna göre, bozma kararından sonraki sanığın durumunun yasa yoluna başvurmadan önceki durumundan daha kötü olmaması gerektiği sonucuna ulaşılır. Bu noktadan hareket edildiğinde yalnız ceza değil, cezanın sonuçları; iyileştirici ve tedavi edici nitelikteki hariç, güvenlik tedbirleri bakımından da sanığın aleyhine bir durum yaratılmayacağını kabul etmek gerekir.

Aleyhte değiştirme yasağı uyarınca hakkında daha ağır ceza uygulanamayan sanığın, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez avantajlı

⁹⁴ Erem, CMUK Şerhi, s.756-757, 759.

⁹⁵ Selçuk, s. 21.

⁹⁶ CGK. 19.6.1967, 114/162; 13.4.1964,154/167; 22.2.1982, 376/99. Yüksek Mahkememiz bazı kararlarında daha da ileri giderek önceki hükümdeki uygulamaların da yasak kapsamında olduğuna hükmetmiştir. “...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 alacağından şüphe yoktur. Nitekim ilk hükümde TCK.nun 457/1. maddesi uygulanmamış iken birinci bozmadan sonraki hükümde bu maddeyle yer verilmiştir.... ikinci hükümde 457/1 madde uygulanmasaydı sanık daha az ceza görecektir. Kendisi için kazanılmış nitelikteki bu hakka dokunulması CMUK.nun 326. maddenin amacına uygun düşmemektedir.” (CGK, 15.3.1971, 4-69/84; Savaş/Vural, Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Ankara 1995, s.1900. Aynı yönde CGK, 4.2.1985, 8/171-51; Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 1877.

⁹⁷ Ask. Yar. İBK, 15.1.1969, 1/2. Çağlayan, s.277-280

⁹⁸ CGK,07.10.2008, 2008/1-198 E, 2008/211 K.

bir uygulamadan yararlandırılması mümkün değildir.⁹⁹ Örneğin, eylemi adam öldürmeye teşebbüs suçu olarak nitelendirilip hakkında çok daha ağır bir ceza uygulanması gereken küçük sanığa aleyhte değiştirme yasağı uyarınca kısa süreli bir hapis cezası, mesela 6 ay hapis cezası verildiğinde, bu cezanın TCK'nın 50. maddesi uyarınca zorunlu olarak tedbire dönüştürülmesi gerektiği ileri sürülemez. Ancak yalnızca sanık tarafından aleyhine yasa yoluna başvurulmuş veya ertelenmiş ise, bu hususlar kural kapsamında kabul edilecektir.¹⁰⁰ Yargıtay genellikle aleyhte değiştirme yasağının kapsamını dar olarak yorumlamakta, bazen ise ilgisi olmayan hususları yasak kapsamında değerlendirmektedir.¹⁰¹

B. CEZA

1412 sayılı CMUK'nun 326/son ve 5271 sayılı CMK'nın 307/4. maddelerinin ifade biçimi ile gerekçelerinden¹⁰² yola çıkıldığında hükmün çok geniş yorumlanamayacağı, kanun koyucunun ceza siyaseti bakımından yalnızca cezanın artırılmayacağı yönünde bir düzenleme yapmayı uygun gördüğü sonucuna ulaşılabılır. Kuralın kabul edilmiş amacı dikkate alınarak yalnız ceza değil, buna bağlı sonuçlar bakımından da yasağın kabul edilmesi gerektiği de iddia olunabilir.

⁹⁹ CGK, 14.06.2011, 2011/7-48 E, 2011/128. "Özel Dairenin eleştirisi dikkate alınıp, gerçekte uygulanma yeri bulunmadığı kabul edilen TCY'nın 145. maddesinin uygulanmaması halinde, sanık hakkında uygulanacak ceza, TCY'nın 142/1-b ve 31/3. maddeleri uyarınca, 1 yıl 4 ay hapis cezası olacaktır. Bu cezanın da aynı Yasanın 49/2. maddesi uyarınca kısa süreli hapis cezası olmaması nedeniyle sanık hakkında Yasanın 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımların uygulanamayacağı açıktır. Ceza Genel Kurulunun 17.11.1998 gün ve 282-348, 23.03.2004 gün ve 41-70 ile 04.03.2008 gün ve 47-43 sayılı kararlarında da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere; lehe yasa yolu davası üzerine aleyhe değiştirmeme kuralı uyarınca hakkında ağır sonuç ceza uygulanmayan, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez avantajlı bir uygulamadan yararlandırılması adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle somut olayda sanık hakkında sonuç olarak hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın, yanlış uygulama sonucunda 1 yılın altında (8 ay hapis) olarak belirlenmiş olması karşısında, bu yanlış uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan dolayı, sanığa bir kez tanınan, atıfetin genişletilmek suretiyle, hakkaniyete aykırı olarak, adalet ve eşitlik ilkelerini zedeleyecek şekilde sonuç doğuracak biçimde, özgürlüğü bağlayıcı cezanın TCY'nın 50/3. maddesi uyarınca, aynı maddenin 1. fıkrasındaki seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmesine olanak bulunmamaktadır." CGK 27.04.2010, 2010/6-73 E, 2010/97 K.

¹⁰⁰ 1.CD, 22.11.2011, 2008/3562 E, 2011/7057 K; 4.CD, 17.09.2012, 2012/17993 E, 2012/17183 K.

¹⁰¹ "a-) Başka bir suçtan, yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışında hükümlü bulunan sanığın talimat yoluyla savunması alınırken kendisine müdafii tayin edildiği ve böylece bu durumun lehine kazanılmış hak doğurduğu anlaşılmasına karşın, mahkemeye sanığa müdafii tayin edilmeden, savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle yargılamaya devam edilerek karar verilmesi," 4.CD, 23.05.2012, 2010/13968 E, 2012/12305 K.

¹⁰² CMK'nın 307. maddesinin konuyla ilgili gerekçesi şu şekildedir: "Hüküm yalnız sanık veya avukatı veya 292 nci madde uyarınca yasal temsilcisi ve eşi veya Cumhuriyet savcısı tarafından sanık yararına temyiz edilmişse, bozmadan sonra yapılan yargılama sonunda verilecek ceza, önceki hükümdeki cezadan daha ağır olamaz."

5271 sayılı CMK'na göre, sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde yeniden verilecek ceza önceki hükümlerle verilen cezadan daha ağır olamayacaktır (CMK 307/4 md). Yasak hem cezanın miktarı hem de türü bakımındadır.¹⁰³ Cezanın dayanağını oluşturan, cezanın tespitinde uygulanan hükümler ve yapılan uygulamalar bakımından bir yasak sözkonusu değildir. Bir suçtan dolayı ceza verilmişse ve temel cezada artırma ve eksiltme yapılmışsa her iki kararda en sonda verilen cezalar mukayese edilecek, yenisi eskisinden daha ağır olmayacak, ağırsa eski sonuç ceza aynen verilecektir. Sonuca tesir etse de önceki hususlar bakımından mukayese yapılamayacaktır.¹⁰⁴ O nedenle önceki hükümlerde ağır cezanın öngörüldüğü kanun maddesindeki cezanın alt sınırdan tayin edilmesi, daha sonra uygulanan farklı kanun maddesindeki cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi; olaya uygun olmak koşuluyla teşebbüs ve tahrik hükümlerine göre cezanın daha az oranda indirilmiş olması, daha önceki hükümlerde yer almayan bir şiddet nedeninin uygulanması hükmolunan sonuç önceki hükümlerle tayin olunan cezadan ağır olmamak koşuluyla yasağı ihlal etmez.¹⁰⁵Yüksek Mahkememiz de aleyhte değiştirilemeyecek olan “ceza”yı yalnızca ilgili kanun maddesinde suç için öngörülen hapis ve/veya para cezası veya artırım ve indirim nedenleri sonucu belirlenen cezayı değil, ilgili bütün kanun hükümleri uygulandıktan sonra hükmün sonunda ortaya çıkıp infaz edilmesi gereken yaptırım olarak kabul etmektedir. O nedenle de Yüksek Mahkeme birçok kararında “sonuç ceza”¹⁰⁶ deyimini kullanmayı tercih etmiştir.

Aleyhte değiştirme yasağı “ceza” bakımından söz konusu olup, disiplinler mahiyetteki cezalar, örneğin tazyik hapsi ve benzer cezalar bakımından uygulanamaz. Yargıtay ise aksi görüştür.¹⁰⁷

¹⁰³ CMK 307. md gerekçesi.

¹⁰⁴ “Kesinleşen hükümlerde TCK 59. madde tatbik olunmasına karşılık, uyarılama yapılan hükümlerde uygulanmamış ise de sonuç ceza bakımından sanığın kazanılmış hakkı ihlal edilmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.” 3.CD, 29.2.2012, 2011/40470 E, 2012/7368 K.

Yargıtay, ilk hükümden farklı bir madde veya aynı maddenin başka bir fıkrası ile uygulama yapılması halinde, alt sınırın üzerinde ceza takdir edilmesini CMUK'nın 326/son maddesine aykırı bulmamıştır. (İBK, 8.2.1950, 21/1. Savaş/Mollamahmutoğlu,s.1839-1840)

¹⁰⁵ Cezanın türü aynı ise ve her iki ceza bakımından TCK'da yer alan tekerrür veya erteleme gibi hükümler uygulanmış veya her ikisi hakkında da uygulanmamış ise hangi cezanın lehe veya aleyhe olduğunu tespit etmek kolaydır. Gerçekten, ertelenmiş cezanın ertelenmemiş aynı miktar cezaya, tekerrür hükümleri uygulanmamış aynı miktar cezanın tekerrür hükümlerinin uygulandığı aynı miktar cezaya göre lehe olduğu hususunda kuşku yoktur. Ancak, örneğin ertelenmiş 5 ay hapis cezasının ertelenmemiş 3 veya 4 ay hapis cezasına göre, tekerrür hükümleri uygulanmış 4 ay hapis cezasının tekerrür hükümlerinin uygulanmadığı 5 ay hapis cezasına göre lehe mi yoksa aleyhe mi olduğunu söylemek kolay değildir.

¹⁰⁶ CGK, 14.06.2011, 2011/7-48 E, 2011/128 K; CGK, 13.04.2010, 2010/8-72 E, 2010/89 K.

¹⁰⁷ “İnceleme konusu somut olayda, isnat edilen eylem disiplin hapsini değil 5358 sayılı Yasa ile değişik İİY'nin 344. maddesi uyarınca üç aya kadar tazyik hapsini gerektirmektedir. Her iki cezanın niteliği ve sonuçlarının farklı olduğu dikkate alındığında, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak 5271 sayılı Yasanın 309/4-d bendi hükmü uyarınca yargılamaya yasağı bulunan bu ahvalde daha hafif nitelikte bulunan tazyik hapsine de Özel

C. SUÇUN NİTELİĞİ

Karşılaştırılacak olan önceki ve sonraki ceza olduğuna göre, sonuç olarak tayin olunan cezanın eski hükümle verilen cezadan daha ağır olmaması koşuluyla, suçun niteliği değişebilir. Ceza miktarı artmasa da, suçun niteliğinden kaynaklanan ilave yaptırımlar veya sanık aleyhine bazı durumlar sözkonusu olabilir. Örneğin, sanık lehine temyiz edilen hüküm af kapsamında; sanık lehine temyiz üzerine yapılan incelemede suçun özel af kapsamında bulunmayan bir suç oluşturduğuna karar verilebilir. Yine, sanık lehine temyiz edilen hüküm memuriyetten yoksun bırakılma, seçme ve seçilme hakkının kaybı gibi bir ilave yaptırımı gerektirmediği halde Yüksek Mahkemece yapılan inceleme sonucu bu yoksunlukları gerektiren bir suç oluşturduğuna karar verilebilir. Bazen suçun niteliğinin değişmesi ile birlikte koşullu salıverme hükümlerinde değişiklik meydana gelebilir ve sanığın cezaevinde kalacağı süre daha da uzayabilir. Gerçekten, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverme hükümlerine göre sanığın cezaevinde kalacağı süre, diğer suçlara göre daha uzun olacaktır.¹⁰⁸ Dolayısıyla lehe yasa yoluna başvuru üzerine, suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğine hükmolunması halinde ceza mik-

Dairece hükmedilmesi gerekmektedir. Tayin edilen 10 gün disiplin hapsinin süre yönünden hükümlü lehine kazanılmış hak oluşturacağı dikkate alınarak, bu miktarla sınırlı olarak hükmedilen cezanın nevini değiştirme işlemine 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca da hükmedilmesi olanaklı bulunduğundan, CYY'nın 309. maddesi uyarınca yasa yararına bozma isteminin kabulü ile, Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 12.06.2006 gün ve 639 müt. sayılı kararı ve bu kararın sonucuna bağlı olarak Menemen İcra Ceza Mahkemesinin 04.04.2006 gün ve 188-50 sayılı kararının CYY'nın 309. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendi uyarınca bozulmasına, hükümlünün İY'nın 344. maddesi uyarınca üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmasına, hükmedilen 10 gün disiplin hapsinin süre yönünden hükümlü lehine kazanılmış hak oluşturması nedeniyle, tazyik hapsinin 10 gün ile sınırlandırılmasına, karardaki diğer hususların aynen bırakılmasına karar verilmiştir" (CGK, 13.02.2007, 2006/16.HD-342 E, 2007/26 K). "Dosyanın incelenmesinde, Avanos Asliye Hukuk Mahkemesinin 07.11.2002 gün ve 51-560 sayılı ilamı ile hükmedilip, kesinleşen yoksulluk ve iştirak nafakasının tahsili için başlatılan icra takibinde, takibin kesinleşmesine karşın borçlu tarafından hükmedilen nafaka ödenmemiştir. Nafaka borcunu ödememe eylemi 2004 sayılı İcra ve İflas Yasasının 344. maddesinde on günden üç aya kadar hafif hapis cezası ile yaptırım altına alınmış iken, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Yasasının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın 5349 sayılı Yasanın 3. maddesi ile değişik 7. maddesinin 1. fıkrası ile "Kanunlarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür...", hükmü uyarınca idari para cezasına dönüştürülmüştür. Diğer yandan 1 Haziran 2005 gün ve 25832 mükerrer sayılı R.G'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 31.05.2005 gün ve 5358 sayılı Yasanın 15. maddesi ile eylemin yaptırımı üç aya kadar tazyik hapsi olarak belirlenmiş ise de, aleyhe olan bu değişikliğin 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısından uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla 1 Haziran 2005 tarihinden önce gerçekleştirilen eylem nedeniyle, 5252 sayılı Yasanın 7. maddesi uyarınca yasa yararına bozma istemi üzerine, 5271 sayılı Yasanın 309. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendi uyarınca, kazanılmış hak ilkesi de gözetilerek ağır ceza mahkemesince hükmolunan tazyik hapsinin süresini aşmamak üzere daha hafif nitelikteki idari para cezasına Özel Dairece hükmedilmesi zorunludur." CGK, 14.10.2008, 2008/16.HD-199 E, 2008/217 K.

¹⁰⁸ Bkz. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 107. md.

tarı aynı kalsa bile sanık aleyhine bir sonuç ortaya çıkacak ve sanık daha uzun süre özgürlüğünden yoksun kalacaktır.¹⁰⁹ Görevi kötüye kullanmak suçundan mahkûm olan sanık lehine yasa yoluna başvurulması üzerine suçun rüşvet suçunu oluşturduğunun tespiti halinde, ceza miktarı aynı olmakla birlikte TCK'nın 53. maddesindeki süreler geçse ve suç affa uğramış olsa bile sanık memur olamayacak, memur ise görevine son verilecektir (657- 48/A-4 md). İşte suçun niteliğinin değişmesi nedeniyle ilave yaptırımların, cezanın infaz biçiminin değiştirilmesinin ve özgürlüğü daha fazla kısıtlayıcı hükümlerin uygulanmasının aleyhte değiştirme yasağını ihlal edip etmediği hususunda tereddütler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, suçun adı ve niteliği değişse bile ceza hukuksal sonuçlarıyla bir bütün olup, cezanın hukuksal sonuçları bakımından da sanığın aleyhine bir durum yaratılamaz. Aksi yönde bazı kararları bulunmakla beraber¹¹⁰ Yargıtay'ın genel uygulaması suçun niteliğine bağlı olarak sanığın aleyhe sonuçlara katlanması gerekli olup, bu bakımdan aleyhe değiştirme yasağının uygulanamayacağı şeklindedir.¹¹¹ Yüksek Mahkememize göre, aksi hal, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü sanığın ikinci kez, mahkûmiyetin sonuçlarını da kapsayacak şekilde yararlandırılmasını sağlayacak, adalet ve hakkaniyete

¹⁰⁹ Selçuk, s. 41.

¹¹⁰ Yüksek Mahkememiz, eski tarihli bir kararında yasağın, af kanununa özgü olmak üzere suçun niteliğini de kapsamına aldığına hükmetmiştir. Yargıtay 5.CD.nin 3.5.167 tarih ve 119/1395 sayılı kararına göre; "CMUK.nun 326 ncı maddesinde ifadesini bulan kazanılmış hak yalnızca ceza miktarına münhasır olmakla beraber istisnai bir konu olan af kanunları muvacehesinde hükümde gösterilen suç bu vasfıyla af kapsamına girdiği takdirde kazanılmış hakkın yalnızca af kanununa hasren suç vasfına da teşmil edilmesi gerekir. Çünkü sanık tarafından temyiz dilekçesi geri alınmak suretiyle temyiz tetkikatına engel olunabileceği gibi hüküm temyiz edilmeyerek kesinleştiği takdirde de suçun karar yerinde kabul olunan vasfı hiçbir münakaşaya tabi tutulmayarak ve verilen ceza affın kapsamı içine [dışına] alınarak infaz edilemeyecektir." Alicanoğlu, Mahmut, Tarihçeli, İzahlı, İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1971, s. 602.

¹¹¹ "22.12.2000 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 4. bendinde;

"23.Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş ve ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on yılı geçmeyen suçlardan dolayı ... veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemişse, davanın... kesin hükme bağlanması ertelenir." hükmü getirilmiş, 5. bendinin a-alt bendinde ise; Türk Ceza Kanununun 125 ila 157, 161, 162, 168, 171....maddelerinde yer alan suçları işleyenler hakkında bu yasa hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir.

Somut olayda, sanığın sabit kabul edilen eylemi TCY.nun 168/2 maddesinde belirtilen ve 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 5/a alt bendinde kapsam dışı suçlar arasında yer alan silahlı terör örgütü üyeliği suçunu oluşturmaktadır. Yasa koyucu tarafından suç vasfı yönünden sanık lehine kazanılmış hak tanınmamıştır. 4616 sayılı yasa hükümleri ancak suç vasfının belirlenmesinden sonra uygulanacaktır, aksi hal, önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü sanığın ikinci kez, mahkûmiyetin sonuçlarını da kapsayacak şekilde yararlandırılmasını sağlayacak, adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, bir kez tanınan atfetin genişletilerek eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açacaktır." CGK. 19.6.2001, 9-125/128. Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001, s.1214-1217.

aykırı sonuçların doğmasına, bir kez tanınan atıfetin genişletilerek eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açacaktır.¹¹² 4616 sayılı Yasa'nın uygulanmasına ilişkin verilen kararlar, suçun niteliğinin değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan aleyhe sonuçlar bakımından çarpıcı bir örnektir. 4616 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde, şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıl indirileceği belirtilmekteydi. Bazı suçlar, örneğin gasp suçu bu yasanın kapsama alanı dışında tutulmuştu. Örneğin hırsızlık suçundan cezalandırılan sanığın hükmü temyiz etmesi ve Yargıtay incelemesi sırasında eylemin hırsızlık suçunu değil, gasp suçunu oluşturduğunun anlaşılması halinde sanığın 4616 sayılı Yasa'dan yararlanması mümkün değildi. Yine silahlı örgüte üye olmak (765 sayılı TCK 168/2 md) 4616 sayılı Yasa hükümlerinden yararlanmaya engel değilken 765 sayılı TCK'nın 146. maddesinde yer alan suç 4616 sayılı Yasa'nın kapsamı dışında tutulmuştur. Böylece Yasa yoluna başvurma sanık bakımından adeta bir tuzağa dönüşmüştü.¹¹³

Yukarıda da açıklandığı üzere, aleyhte değiştirme yasağının amacı, sanığın daha kötü bir sonuçla karşılaşabileceği korkusu taşımadan kanun yoluna başvurabilmesini sağlamaktır. Yukarıya aktarılan örneklerdeki suçun niteliğinin değişmesi nedeniyle uygulanması söz konusu olan sonuçların vahameti dikkate alındığında, hükmün hukuka aykırı olduğu kanaatine sahip olsa bile sanık hüküm aleyhine yasa yoluna başvurmadan çekinebilecektir ki bu da aleyhte değiştirme yasağının kabu-

¹¹² "Yargıtay'ın görevi, yasaların ülke genelinde hukuka uygun olarak uygulanıp uygulanmadığını denetlemek, içtihatları ile ülkede yasaların ve hukuk kurallarının uygulanmasındaki birliği sağlamaktır. Bu görev gözetildiğinde, temyiz incelemesine konu olan hükümde, suç niteliğinde bir isabetsizlik saptandığı takdirde, aleyhe temyiz olmasa bile bu husus bozma nedeni yapılacaktır. Aksinin kabulü, hukuk kurallarının ülke genelinde farklı uygulanmasına yol açar ki, bu da Yargıtay'ın kuruluş amacına ve eşitlik ilkesine aykırı olur. Zira aynı eylem nedeniyle değişik mahkemelerde yargılanan sanıklardan, suç niteliği doğru olarak belirlenen sanığın mahkûmiyeti ile ceza zamanaşımı, memuriyetten yoksun bırakılma, seçilme hakkının kaybı, olası bir af yasası vb. değişik durumlara karşılaşması halinde olumsuz sonuçlara muhatap olabileceği, buna karşın, suç niteliği yanlış olarak belirlenen sanığın, açıklanan olumsuz sonuçlarla karşılaşmamasının sözkonusu olabileceği, bu durumun da, eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, hak ve adalet duygusunu da inciteceğinde kuşku yoktur." CGK, 14.06.2011, 2011/7-48 E, 2011/128 K.

¹¹³ Yargıtay ve AİHM kararına konu olan bir olayda yerel mahkeme, sanığın silahlı terör örgütüne üye olmak ve gasp suçundan mahkûmiyetine karar verip silahlı terör örgütüne üye olmak suçu bakımından sanık hakkında 4616 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. Hükmün sanık tarafından temyizi üzerine Yargıtay sanığın eyleminin silahlı terör örgütüne üye olmak suçunu değil, Anayasa'yı kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya teşebbüs suçunu oluşturduğuna ve bu suç bakımından 4616 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Yargıtay bozma kararına uyan yerel mahkemenin kararını temyiz eden sanığın temyizi yerinde görülmemiştir. Sanık aleyhte değiştirme yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Ancak AİHM, kendi görüşünün yerel mahkemenin spesifik bir davada ulaştığı sonuç yerine ikame edilmesinin mümkün olmadığını belirterek bu konuda bir değerlendirmede bulunmaktan kaçınmıştır. AİHM, Alkes/Türkiye, 8 Haziran 2010, (No. 2) Başvuru No: 16047/04. [http://cmiskp.echr.coe.int/\(Erişim Tarihi: 25.6.2012\)](http://cmiskp.echr.coe.int/(Erişim Tarihi: 25.6.2012)). Bu karardan, AİHM'nin Yargıtay'ın uygulamasını AİHS'e aykırı bulmadığı sonucu çıkarılmamalıdır.

lündeki amaç ile uyuşmamaktadır. O nedenle yalnız ceza değil, diğer hukuksal sonuçlar bakımından da aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi lazımdır. Aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmiş amacı dikkate alınarak, kanun yoluna başvuran sanık, kanun yoluna başvurmeyen sanıkla aynı yoksunluklara tabi tutulmamalı, eşitlik bu şekilde sağlanmaya çalışılmamalıdır. Kanun koyucu, sanığın daha ağır bir sonuçla karşılaşacağı korkusu taşımadan kanun yoluna başvurulmasındaki ve böylece kanunun doğru uygulanması ile gerçekleşecek olan kamu yararını, sanığa daha ağır ceza verilmemesi ile ortaya çıkacak kamu zararından daha üstün tutmuş; izlenen hukuk politikasının gereği olarak bilinçli bir şekilde bu yönde tercihte bulunmuştur. Bu itibarla Yargıtay kararlarında aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi halinde eşitlik ilkesinin hak ve adalet duygusunun zedeleneceğinden söz edilmesi çok anlamlı değildir.¹¹⁴

5271 sayılı CMK'nın 294. maddesine göre “*temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır.*” Yargıtay, yalnızca temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar (CMK 301 md). Böylece, Yargıtay'ın incelemesi, 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak¹¹⁵ temyiz başvurusunda gösterilen sebeplerle sınırlıdır. Dolayısıyla mutlak hukuka aykırılık halleri hariç (CMK 289 md) temyiz sebebi olarak gösterilmeyen hususlar bakımından hükümde bir hukuka aykırılık bulunsa dahi hüküm bu sebeple bozulmayacaktır. O nedenle eğer suçun niteliğine yönelik bir temyiz mevcut değilse, yanlış tayin edilmiş olsa bile hükmü bu nedenle bozamayacak; yeniden davaya bakan mahkeme de sanık aleyhine olarak suçun niteliğini değiştiremeyecektir.¹¹⁶ Bu itibarla 5271 sayılı CMK'nın temyize ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle suçun niteliği bakımından da aleyhte değiştirme yasağı uygulanacaktır.

Yargılama sürecinde maddi vakıalar değişip yeni bir suça vücut vermiş olabilir. Örneğin taksirle yaralama suçundan açılan davanın yargılaması sırasında, mağ-

¹¹⁴ Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olmakla birlikte bu değer her ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilmesi gereken mutlak bir değer değildir. Burada da kanun koyucu sanığın hiçbir korku taşımadan yasa yoluna başvurabilmesini sağlamak amacıyla CMUK'nın 326/son maddesindeki hükmü kabul etmiş ve bunu sanığın hak ettiği daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaması ile ortaya çıkacak kamu zararından üstün tutmuştur. O nedenle burada artık hak ve adalet duygusunun zedelenmesinden ve eşitlik ilkesinden söz etmenin bir anlamı yoktur, kanun koyucu tercihini baştan bu şekilde yapmıştır. Bu itibarla Yüksek Mahkeme'nin gerekçesine ve görüşüne katılmak mümkün değildir.

¹¹⁵ 1412 sayılı CMUK Madde 320 – “*Temyiz Mahkemesi, temyiz istida ve layihasında irat olunan hususlar ile temyiz talebi usule ait noksanlardan dolayı olmuş ise temyiz istidasında bu cihete dair beyan edilecek vakıalar hakkında tetkikler yapabileceği gibi hükmü tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder.*”

¹¹⁶ Alman hukukunda, temyizde sebebe bağlılık sebebiyle, sanıkların suçun hukuki niteliğinin aleyhlerine değişmesinin önüne geçebilmek bakımından, suçun niteliğine yönelik temyizden kaçındıkları belirtilmektedir. Keskin, s. 412.

dur bu yaralanma sebebiyle hayatını kaybedebilir. Bu durumun aleyhte değiştirme yasağının kapsamı dışında olduğunu düşünmekteyiz. O nedenle, hem suçun niteliğinin hem de yeni suçun gerektirdiği cezanın ağırlaştırılması mümkündür. Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında bu durumu aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirmiştir.¹¹⁷

D. PARAYA ÇEVİRME

Aleyhte değiştirme yasağı uyarınca sanık lehine temyizden sonra kurulan hükümdeki para cezası ilk hükümden ağır olamayacaktır. Bazı hallerde hapis cezası para cezasına göre daha lehe görülebilirse de, esas itibariyle özgürlüğü bağlayıcı ceza para cezasından daha ağırdır; kanunumuzun düzenleme biçiminden de bu sonuca ulaşılmaktadır. O nedenle ilk hükümden hapis cezası para cezasına dönüştürülmüş ise, sanık yararına yasa yoluna başvurulması sonrası kurulan hükümden de hapis cezası para cezasına dönüştürülmelidir.

Sonuç olarak önceki para cezasından fazla olmamak koşuluyla her bir gün için belirlenen para cezasının daha fazla olması kuralı ihlal etmez. Suç niteliğinde yanılıya düşülerek, sanığa zorunlu para cezasına çevrilmeyi gerektiren bir hürriyeti bağlayıcı ceza verilmiş, sanık lehine temyiz üzerine suçun niteliğinde yanılıya düşüldüğü gerekçesiyle hüküm bozulmuş ve yeniden yapılan yargılama sonucu asıl eylemin gerektirdiği cezanın zorunlu para cezasına çevrilmeyi gerektiren bir hürriyeti bağlayıcı ceza olmadığı gerekçesiyle hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına

¹¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu olan bir olayda, adam öldürmeye teşebbüs suçundan kurulan hüküm sanık tarafından temyiz edilmiş, kararın temyiz edilmesinden sonra mağdur ölmüş, karar başka bir nedenle bozulmuştur. Bozma sonrası mahkemece yapılan yargılama sonucu bu defa sanığın 'müktesep hakkı korunarak' TCK'nın 448, 59 ve, 780 sayılı Af Kanunu'nun 1/A maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kurulan bu hüküm bu defa müdahil temyiz etmiştir. Bu kararın da 1.Ceza Dairesi tarafından başka bir sebeple bozulması üzerine Yargıtay C.Başsavcılığı, mağdur sonradan ölmüş bulunduğu sanığın doğrudan adam öldürme suçunun cezası ile cezalandırılması gerektiğini ve önceden eylemin öldürmeye teşebbüs olarak kabul edilmesinin kazanılmış hakla ilgisinin bulunmadığını ileri sürerek karara itiraz etmiştir. İtirazı inceleyen CGK; "26.6.1965 günlü mahkûmiyet hükmü yalnızca sanık tarafından temyiz edilmiş olması itibariyle ortada ceza miktarı yönünden kazanılmış hak mevcuttur. Bu husus 2.2.1966 günlü özel daire kararında belirtilmiştir. Gerçekten bahse konu 26.6.1965 günlü hüküm temyiz edilmemiş ve kesinleşmiş olsaydı sanığın eyleminden dolayı ve mağdurun sonradan ölmüş bulunması sebebiyle kesinleşen hüküm hakkında müccerret bu yönden sanık aleyhine bir işlem yapılmasına kanuni imkan bulunmadığına göre 26.6.1965 günlü hüküm sanığın temyizi üzerine temyiz safhasında mağdurun ölmüş olması sonucu değiştiren bir sebep teşkil etmemesi ve CMUK.nun 326 ncı maddesi hükmünce teessüs etmiş bulunan kazanılmış hakkı bozmayacağından ve Birinci Ceza Dairesinin 23.11.1966 günlü ilamında yazılı gerekçeye göre C.Başsavcılığının, mağdur sonradan bu yüzden ölmüş bulunduğu sanığın temyizi üzerine temyiz safhasında mağdurun ölmüş olması sonucu değiştiren teessüs etmiş bulunan kazanılmış hakkı bozmaması icap eder. Bu itibarla ilk mahkûmiyet hükmünün yalnız sanık tarafından temyizi dolayısıyla tayin edilen cezadan kazanılmış hakkın mevcudiyeti devam etmekte bulunduğundan, sonraki safahatda aleyhte vaki temyiz kazanılmış hakkı bozmayacağına" karar vermiştir. CGK. 19.6.1967, 1-114/162. Alicanoğlu, s. 602-603. Erem, CMUK Şerhi,s.761-762.

çevrilmemesi halinde aleyhte değiştirme yasağı ihlal edilmiş olur mu?

Yargıtay bu durumu aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirmemiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme kuralı uyarınca hakkında ağır sonuç-ceza uygulanmayan, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın önceki yanlışlı uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez ve bir başka biçimde yararlandırılmasının da adalet ve hakkaniyete uygun olacağından söz etmeye olanak yoktur"¹¹⁸. Buna karşılık Yargıtay'ın uygulamasına göre ilk hükümde hapis cezası para cezasına dönüştürülmüş ise, bozma sonrası kurulan hükümde de hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi lazımdır.¹¹⁹ Yargıtay'ın uygulamasına göre, verilen para cezasının taksitlendirilmesi de aleyhte değiştirme yasağı kapsamındadır.¹²⁰

¹¹⁸ "...Suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanığa nitelikli adam öldürmeye tam kalkışma suçundan TCK.nun 450/8, 62, 55/3, 59. maddesi gereğince hükmedilen 11. yıl 1 ay 10 gün ağır hapis cezası yerine CMUK.nun 326/son maddesi uyarınca kazanılmış hak ilkesi gözetilerek infazına işaret edilen 6 ay 20 gün hapis cezasının sanık (MK)'nın yaşı nedeniyle 647 sayılı kanununun 4/2 maddesi uyarınca para cezasına veya maddede yazılı tedbirlerden birine çevrilmesinin olanaklı olup olmadığı" tartışılmıştır." Yüksek Mahkeme, ...lehe kanun yolu davası üzerine aleyhte değiştirmeme kuralı uyarınca hakkında ağır sonuç-ceza uygulanmayan, diğer bir deyişle bu kuraldan yararlanmış olan bir sanığın önceki yanlışlı uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez ve bir başka biçimde yararlandırılmasının da adalet ve hakkaniyete uygun olacağından söz etmeye olanak yoktur. Somut olayda, yaralamak suçundan sanığın 6 ay 20 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmü Özel Dairece, sanığın eylemi irza geçme gayesiyle işlenen fiili tamamlamaktan mütevellit infial ile öldürmeye tam kalkışma niteliğinde görülerek, cezanın miktarındaki kazanılmış hakkı saklı tutulmak koşuluyla, suç vafından dolayı da bozulmuş, bozmaya uyularak 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 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 kanununun 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 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 olanak yoktur. Aksine kabul; haksız ve yanlış bir uygulama ile "aleyhte değiştirmeme" kuralı uyarınca ve yasa gereği sanığa bir kez tanınan atfete bir yenisini eklemek suretiyle eşitlik, hak ve adalet ilkelerinin zedelenmesine yol açar." Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, s.1214-1217.

¹¹⁹ 4.CD, 17.09.2012, 2012/17993 E, 2012/17183 K.

¹²⁰ "Sanık hakkında tayin edilen para cezasının 647 sayılı Kanununun 5. maddesi uyarınca taksitlendirilmesine karar verildiği ve hükmün sanık lehine temyiz edilmiş bulunması nedeniyle bu hususun sanık lehine kazanılmış hak teşkil edeceği gözetilmeden, bozma sonrası yapılan yargılama sonunda verilen hükümde tayin edilen para cezasının taksitlendirilmemesi", 2.CD, 24.05.2012, 2012/9199 E, 2012/14943 K.

E. ERTELEME

Kuşkusuz ki ertelenen ceza ertelenmeyen cezaya göre daha lehedir. Bozmadan sonra kurulan hükümde yer alan ceza, ilk hükümdeki ertelenmiş cezadan daha hafif olsa bile, eğer ertelenmemiş ise yine aleyhte değiştirme yasağına aykırı hareket edildiği kabul edilmelidir. Cezalar mukayese edildiğinde de tecil edilmiş herhangi bir cezanın da tecil edilmemiş herhangi bir cezadan daha hafif sayılması gerektiği görüşüne biz de katılmaktayız.¹²¹ Ceza bakımından yasağı kabul eden bir kanunun, bu cezanın ertelenmesi gibi kişinin özgürlüğünün koşullu veya koşulsuz olarak kısıtlanmasını yasak kapsamında kabul etmemek güçtür.¹²² O nedenledir ki ertelemeyi esasında infaza ilişkin bir kurum olarak kabul eden 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesinde yapılan değişikliklerle (5377/2 md) ertelemeye ilişkin olarak zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Doktrinde, kanunda bu konuda açık bir hüküm olmasa da, kişinin özgürlüğü ile ilişkili olan ve özgürlüğün kısıtlanmasının önüne geçen ertelemenin bir maddi ceza hukuku kurumu olduğu ve aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹²³ Yargıtay da erteleme kurumunun maddi bir ceza hukuku kurumu olduğu, erteleme bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanması gerektiği görüşündedir. Ancak Yüksek Mahkememiz, güvenlik tedbiri niteliğinde bulunan denetim süresi bakımından bir yasağın bulunmadığına hükmetmektedir.¹²⁴ Öncelikle belirtelim ki güvenlik tedbirleri TCK'nın birinci kitabının ikinci bölümünde gösterilmiş olup, cezanın ertelenmesi halinde öngörülen denetim süresi güvenlik tedbiri niteliğinde değildir. TCK'nın 51. maddesindeki düzenlemeye göre, denetim süresi ertelemenin zorunlu bir sonucudur. TCK'nın 51/3. maddesinde; “cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir” denildiğinden, cezası ertelenen sanık hakkında denetim süresinin belirtilmesi zorunludur. O nedenle hükümde denetim süresinin belirtilmemesi, sa-

¹²¹ Kunter, Aleyhte Düzeltme Yasağı, s. 671.

¹²² Erem, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 618.

¹²³ Selçuk, s. 34.

¹²⁴ “765 sayılı TCY’nda “bir koşullu af” olarak düzenlenmiş bulunan, “hapis cezasının ertelenmesi” müessesesi, 5237 sayılı TCY’nın 51. maddesinde ise, “hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlar arasında” ve “bir ceza infaz kurumu” olarak öngörülmüştür. Buna göre, cezası ertelenen kişi, belirlenen denetim süresini yükümlülüklerine uygun ve iyi halli olarak geçirdiği takdirde cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla 5237 sayılı TCY’ndaki düzenlemeye göre, erteleme bir güvenlik tedbiri olmadığı gibi ceza da değildir. Bununla birlikte, infaz hukukundan daha çok maddi hukuka ait bir müessese olduğu görülmektedir. Nitekim, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 98 ve devamı maddeleri uyarınca erteleme ile ilgili olarak infaz aşamasında karar alınması mümkün değildir. Bu nedenlerle aynen tekrürde olduğu gibi, hükümde yer alan ve “hapis cezasının ertelenmesine” ilişkin olan kısmın da aleyhe değiştirmeme yasağına konu teşkil edeceğinin kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık, ertelemenin doğal sonucu olmasından ötürü zorunlu olarak hükmedilmesi gereken “denetim süresi”ne ilişkin hataların infaz aşamasında ve 5275 sayılı Yasa hükümleri uyarınca düzeltilmesi mümkün olduğundan, bu husus “aleyhe değiştirmeme yasağına” konu oluşturmaz.” CGK, CGK, 23. 2.2010, 2009/6-230 E, 2010/32.

nığın denetime tutulmasına engel değildir ve bu husus aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte denetim süresi bakımından aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmelidir. Eğer hükümde süre öngörülmemişse denetim süresi hükmolunan cezadan az olmamak koşuluyla bir yıldan fazla olamaz. (TCK 51/3 md) Dolayısıyla sanık lehine kanun yoluna başvuru önceki hükümde denetim süresi öngörülmemiş ise, bozma sonrası kurulan hükümde hükmolunan ceza kadar ve hükmolunan ceza bir yıldan az ise bir yıl denetim süresi belirlenmesi aleyhte değiştirme yasağını ihlal etmeyecektir. O nedenle bu yöndeki Yüksek Mahkeme kararlarını sonuç itibarıyla isabetli bulmaktayız.¹²⁵ Ancak önceki hükümde altı ay hapis cezası için bir denetim süresi öngörüldüğü halde bozma sonrası kurulan hükümde aynı miktar erteli ceza için bir yıldan fazla denetim süresinin öngörülmesi aleyhte değiştirme yasağına aykırı olacaktır.

Yargıtay'ın uygulamasına göre, erteli cezanın aynen infazına karar verilmesi de infaza ilişkin bir husus olup aleyhte bozma yasağına konu olmaz.¹²⁶

F. TEKERRÜR

Mülga TCK'na göre tekerrür nedeniyle cezanın belli bir oranda artırılması söz konusuydu ve Yüksek Mahkememizin aksi yönde kararları bulunmakla birlikte¹²⁷ genellikle önceki hükümde hatalı olarak tekerrür hükümlerinin uygulanma-

¹²⁵ “c) Güvenlik tedbiri olması nedeniyle kazanılmış hak oluşturmayacağından, 1 yıl 8 ay hapis cezasına mahkum edilen ve bu cezası ertelenen sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nun 51/3. maddesi uyarınca tayin edilecek denetim süresinin, ceza süresinden az olamayacağına gözetilmemesi”, 12.CD. 08/05/2012 2011/8086 E, 2012/11525 K. Benzer kararlar için bkz. 12. CD, 21.05.2012, 2011/19272 E, 2012/12690K; 2.CD, 18.10.2012, 2011/1185 E, 2012/44165 K.

¹²⁶ “Adli sicil kaydına esas Datça Asliye Ceza mahkemesinin 29.05.2002 tarih, 83-89 sayılı erteli ilamının 765 sayılı TCK' nun 95/2 maddesi uyarınca aynen infazına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, hükümde yer alan infaza ilişkin bir konu olduğundan, usulü kazanılmış hakka konu olmayacağı bu nedenle anılan aykırılığı bozma nedeni yapılması gerekirken, karşı temyiz bulunmadığı gerekçesiyle eleştiri konusu yapılması yasaya aykırı olduğundan,” 2.CD, 01/11/2012 2012/23555 E, 2012/44850 K.

¹²⁷ Ancak Yüksek Mahkememiz, eski bir kararında, bozmadan sonra kurulan hükümdeki ceza miktarı daha az olmasına rağmen, önceki kararda yer almayan şiddet sebeplerinin uygulanmasını veyahut önceki kararda takdiri indirim nedeni olan TCK.nun 59. maddesi hükümlerinin yeni hükümde yer almamasını aleyhte değiştirme yasağına aykırı görmüştür. “İlk hükmün sanığın temyizi üzerine bozulduğu ve bozmadan önce sanık hakkında TCK.nun 59. maddesi uygulandığı gözetilmeden bozmadan sonraki hükümde uygulanmaması suretiyle CYY.nun 326/son maddesine uyulmaması yasaya aykırıdır.” 4.CD. 7.4.1997, 2613/2622. Taşdemir, Kubilay/Özkeper, Ramazan, Açıklamalı-İçtihatlı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 2000, s.879. “b)Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iadesinden önce kurulan 6.4.2005 tarihli hükümde 765 sayılı TCK.nun 59. maddesinin uygulanmasına karar verildiği halde, sanık temyizi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iadesinden sonra kurulan hükümde 765 sayılı TCK.nun 59. maddesinin uygulanmasına karar verilmeyerek kazanılmış hak ilkesine aykırı şekilde hüküm kurulması”, 8.CD, 5.10.2010, 2008/15054 E, 2010/11144 K) Aksi yönde yeni bir karar için bkz. 3.CD, 29.2.2012, 2011/40470 E, 2012/7368 K.

Yüksek Mahkememizin sanık lehine temyiz edilen önceki hükümde tekerrür hükümlerinin uygulanmamış olmasını sanığın kazanılmış hakkı olarak kabul eden kararları olduğu gibi aksi yönde ka-

miş olmasının, önceki ceza miktarını aşmamak koşuluyla yeni hükümde tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmediği kabul edilmekteydi. 5237 sayılı TCK'na göre ise; “*tekerrür hâlinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilectir*” (TCK 58/6 md). Görüldüğü üzere 5237 sayılı TCK'da cezada artırım yapılması yerine cezanın infaz rejiminde değişiklik yapılması söz konusudur. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır (TCK 58/6 md). Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri başlığını taşıyan 5275 sayılı CGİK'nın 108. maddesi hükümleri incelendiğinde, kararın verildiği anda hüküm anındaki tekerrüre ilişik düzenlemelerin mi yoksa önceki yasada yer alan düzenlemelerin mi daha lehe olduğunu tayin etmenin mümkün olmadığı görülür.

Yargıtay “5237 Sayılı TCK'nun 58/7. maddesi gereğince, Mahkûmiyet kararında hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı belirtilir hükmünde yer alan ‘cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanması’ ibaresinin mahkeme hükmünde yazılmaksızın sadece ‘cezanın TCK'nın 58/6 maddesi gereğince mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesi’ denilmesi”[ni], *temyiz edenin sıfatı da gözönüne alındığında kazanılmış hak*” oluşturduğuna hükmetmiştir.¹²⁸ Tekerrür hükümleri bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanması gerektiğini, buna göre sanık lehine yapılan temyizde tekerrür hükümleri uygulanmamış ise sonraki hükümde uygulanmasının aleyhte değiştirme yasağını ihlal edeceğini düşünmekteyiz. Ancak mahkeme hükmünde sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına veya cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmiş ise, TCK'nın 58/7. maddesinin ifade biçimine rağmen, hükümde, “cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına” karar verilmese de bu husus

rarları da mevcuttur. Yüksek Mahkememiz bir kararında “*bozmadan önce tekerrür nedeniyle artırma yapılmamış ise de, kazanılmış hakkın sonuç cezanın miktar ve nevi bakımından nazara alınacak olması ve tekerrür nedeniyle yapılan artırım sonucu verilen cezaların bozmadan önce verilen ezayı aşmaması karşısında ‘kazanılmış hakkın ihlali söz konusu olmadığına’* hükmetmiş iken, (2.CD. 2.3.1998, 17160/1429. Taşdemir/Özkepir, s. 878) *bir başka kararında ‘ilk hüküm sanığın temyizi üzerine bozulmuş ve bozmadan önce sanık hakkında TCK'nun 81/2 maddesi uygulanmamış bulunmasına göre, bozmadan sonra sözü geçen madde hükmünün uygulanması suretiyle kazanılmış hakkın ihlal edilmesi yasaya aykırıdır’* şeklinde içtihatla bulunmuştur. (2.CD. 16.4.1985, 3275/13/4205, Günay, s.104) Daha yeni tarihli bir kararda ise; “*sanığın adam öldürmek suçundan özel tekerrüre mesnet olacak sabıkası bulunduğu halde cezasının artırılmaması aleyhe temyiz bulunmadığından, esasen aynı mahiyetteki hükmün sadece sanığın temyizi sebebiyle bozulmuş olup uygulama ve ceza miktarı yönünden kazanılmış hak teşkil ettiğiinden keyfiyet bozma sebebi yapılmamıştır.*” (1.CD. 3.6.2003, 825/1220) .

¹²⁸ 3.CD, 15.2.2012, 2011/33231 E, 2012/5252 K. Aynı yöndeki 8.CD'nin bir kararı şu şekildedir: “*TCK'nun 58/6 madde ve fıkrasına aykırı olarak, hakkında hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilen sanık için cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış(tır)*”, 8.CD, 07.05.2012, 2012/4293 E, 2012/15366 K.

aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilemez. Çünkü hakkında tekerrür hükümleri uygulanan kişinin cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre ektilirileceği ve mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı TCK'nın 58/6. maddesinde açıkça ve emredici bir biçimde belirtilmiştir. Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin ne şekilde uygulanacağı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'da gösterilmiş olup, (5275/108 md) denetimli serbestlik tedbirinin süresi de bu aşamada infaz hakimi tarafından tespit edilecektir. Hakkında tekerrür hükümleri uygulanan sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanıp uygulanmaması konusunda mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi de verilmemiştir. Burada ertelemeye olduğu gibi denetim süresinin hükümde belirtilmesi sözkonusu değildir. O nedenle, TCK'nın 58. maddesinin 1. ve 6. fıkrası hükümleri ile 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesi hükümleri karşısında 58/7. maddesinde yer alan *“cezanın infazından sonra denetim serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir”* ifadesinin gerekli olmadığı, gerekli olmayan bu ifadeye yer verilmemesinin de sanık bakımından bir hak doğurmayacağı kanısında yız ve uygulamada karışıklığa neden olan bu ifadenin madde metninden çıkarılmasının yararlı olacağını dşunmekteyiz. zet itibariyle, sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına veya sanığa verilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre ektilirilmesine karar verilmiş ise, sanık hakkında ayrıca, *“cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına”* karar verilmemesinin aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğini dşunmekteyiz.

TCK'nın 58/3. maddesine göre, *“tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına”* hkmolunacaktır. Görüldüğü üzere bu halde cezanın türünün değiştirilmesi sözkonusudur. 5237 sayılı TCK'da koşullu salıverme ve erteleme ile birlikte tekerrür, infaza ilişkin bir kurum olarak kabul edildiği halde, TCK'nın 7/3. maddesinde erteleme, koşullu salıverme ve tekerrüre ilişkin olarak zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, tekerrür hükümleri bakımından aleyhte değiştirme yasağı geçerli olacaktır.

CGK'da *“5237 sayılı TCY'nın 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer almakta ise de, anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir. Hkmllğn yasal sonucu olmaması nedeniyle 5275 sayılı Yasanın 98. ve devamı maddeleri uyarınca infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir. Hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığı, tekerrür koşullarının bulunup bulunmadığı ve hükümlü hakkında kaçıncı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığının hükümde gösterilmesi”* gerektiği gerekçesiyle, hükümde 58. maddenin 6. ve 7. fıkralarının uygulanmamasının aleyhte değiştirme yasağına konu olacağına hükmetmiştir.¹²⁹

¹²⁹ CGK,17.04.2007, 2007/10-71 E,2007/98 K. Aynı yönde bkz.10.CD, 31.05.2011, 2011/8203 E, 2011/4710 K.

Teknik anlamda bir tekrür durumu sözkonusu olmamasına rağmen, TCK'nın 58/9. maddesine göre, itiyadi suçlular, suçu meslek edinen kişiler veya örgüt mensubu suçlular hakkında da mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması lazımdır. Buna göre, itiyadi suçlular ve suçu meslek edinen suçlular bakımından 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesinde yazılı şartlı salıverme hükümleri uygulanacaktır. Örgüt mensubu suçlular için ise koşullu salıverme bakımından ayrı ve daha ağır bir düzenleme yapılmıştır (5275 107/4 md). Faillerin cezaevinde geçireceği süreye ilişkin olan, diğer bir ifadeyle özgürlüklerinin kısıtlanmasının sözkonusu olduğu TCK'nın 58/9. maddesinde yer alan hüküm bakımından da aleyhte değiştirme yasağının geçerli olması, eğer hükümde gösterilmemiş ve yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulmuş ise bu hükümlerin sanık hakkında uygulanmaması gerekir. Gerçekten burada genel kuraldan ayrılmak için bir neden yoktur. Nitekim doktrinde, itiyadi suçluluk, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçluluk hallerinden birinin varlığı halinde mahkemenin kararında bu hususu açıkça belirtip özel infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını göstermesi gerektiği belirtilmektedir.¹³⁰ Dolayısıyla eğer hükümde gösterilmemiş ve yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulmuş ise TCK'nın 58/9. maddesi hükümlerinin uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Yargıtay ise TCK'nın 58/9. maddesinin cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimiyle ilgili olup, aleyhte değiştirme yasağının bu durumda geçerli olmadığı görüşündedir.¹³¹

Yargıtay tekrür hükümlerinin uygulanmamasını aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul etmekle beraber, sanığın tekrüre esas başka hükümlülüklerinin bulunduğu hallerde tekrüre esas olmayan bir hükmün tekrüre esas alınmasını yasak kapsamında kabul etmemekte ve başka bozma nedenleri mevcut değilse CMUK'nun 322. maddesi uyarınca tekrür hükümlerini kendisi uygulayarak yerel mahkeme hükümlerini onamaktadır.¹³² Kanımızca, aleyhte değiştirme yasağı-

¹³⁰ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Ankara 2013, s. 767; Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara 2012, s. 555.

¹³¹ "1- 5237 sayılı TCK'nın 58/9. maddesi bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olup, bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayacağı da gözetilerek; örgüt mensubu olmaktan mahkûm olan sanıklar hakkında anılan maddenin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi," 9.CD, 03.01.2012, 2011/9655 E, 2012/73 K. Yargıtay erteleme bakımından da denetim süresini yasak kapsamında kabul etmemiştir. CGK, 23. 2.2010, 2009/6-230 E, 2010/32 K.

¹³² Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak; Sanığın tekrüre esas alınan Düzce 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 29.05.2006 tarih, 2005/597 esas ve 2006/238 sayılı kararı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi yollamasıyla halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 305/1-2 maddeleri uyarınca kesin nitelikte olduğundan aynı maddenin son fıkrası uyarınca tekrüre esas alınamayacak ise de, sanığın tekrüre esas başkaca mahkûmiyetleri bulunduğu, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bu hususun yeniden yargılama yapılmaksızın CMUK'un 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğu, hükümdeki mükerrirlere

nın uygulanması bakımından, tekerrüre esas olmayan bir hükmün tekerrüre esas alınması, diğer bir ifadeyle hukuka aykırı olarak tekerrür hükümlerinin uygulanması ile tekerrür hükümlerinin hiç uygulanmaması arasında bir ayırım yapılamaz; bu gibi hallerde de sanık hakkında aleyhte değiştirme yasağı geçerli olmalıdır. Ayrıca CMUK'nun 322. maddesinin Yargıtay'a yerel mahkemenin yerine geçerek tekerrüre esas hükmü tespit edip uygulama yetkisi vermediğini düşünmekteyiz.

VIII. KURALIN KAPSAMI DIŞINDA KALAN HALLER

A. İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

İnfaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır. Daha sonra kabul edilen yasa hükümlerinin amaca daha iyi hizmet ettiği düşüncesiyle infaz rejimine ilişkin hükümler zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümler (TCK 7 md) aleyhte değiştirme yasağı söz konusu uygulanmaz.¹³³ Bir hükmün infaz hükmü mü yoksa maddi ceza hukuku hükmü mü olduğunun tespitinde yalnızca ilgili kanuna bakmak yanıltıcı olabilir. O nedenle bu hükümlerin niteliğine bakmak lazımdır. İnfaz rejimine ilişkin hükümler, infazın salt gerçekleştirilmesi ve infazın şekline ilişkin hükümlerdir. Buna karşılık, cezanın türünü ve miktarını değiştirip hükümlünün cezaevinde kalacağı süreyi uzatan, cezanın tedbire dönüştürülmesine ilişkin hükümler ceza hukukuna ilişkin olup bu hükümler bakımından zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümler (TCK 7 md) uygulanmalıdır.¹³⁴ Gerek mülga 1412 sayılı CMUK döneminde, gerekse de 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki Yargıtay uygulaması, hükümlerde yer alan infaza yönelik uygulamalar ya da infaz aşamasında verilen kararlar bakımından, aleyhte değiştirme yasağının geçerli olmadığı şeklindedir.¹³⁵

Yargıtay yeni kararlarında, infaz aşamasında 5275 sayılı Yasa'nın 99. maddesi uyarınca yapılan toplama işleminin basit bir matematiksel işlem olup, cezanın bir

özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik uygulanmasına ilişkin bendin sanığın Düzce 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 06.04.2004 gün ve 2003/457 E, 2004/156 K. sayılı ilamı nedeniyle mükerrir olduğu saptandığından cezasının 5237 sayılı TCK'nın 58/6. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çekirilmesine, 5275 sayılı Kanununun 108/2. maddesinin uygulanmasında kazanılmış hakkı nedeniyle tekerrüre esas oluşturmayan ilamdaki 600 TL'nin esas alınmasına 12.CD, 31.10.2011, 2011/5773 E, 2011/4089 K. Aynı yönde bkz. 12.CD, 25.11.2011, 2011/6076 E, 2011/6211 K)

¹³³ Katoğlu, s. 218; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat M/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2012, s. 124. Yüksek Mahkememiz infaz aşamasında yapılan hatalı uygulamaların yasak kapsamında bulunmadığına hükmetmiştir. "Güvenlik tedbiri olan kazanç müsaderesinin kazanılmış hakka konu olmayacağı gibi ayrıca infaz sırasında hükümlü lehine yapılan hatalı uygulamaların da kazanılmış hak oluşturmayacağı", 5.CD, 08/03/2012, 2011/13179 E, 2012/1770 K.

¹³⁴ Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara 2007, s. 21; Selçuk, s. 33-34; Katoğlu, s. 222.

¹³⁵ CGK, 08.10.2002, 179/354; 21.3.1977, 103/126; 19.06.2007, 2007/1-122 E, 2007/153.

başka cezaya da dönüşmesi olanağının bulunmadığı, hâkimin bir takdir ve değerlendirme yetkisinin olmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Esasen bu tür basit hesap hatalarının hiçbir aşamada korunması mümkün değildir; bunun için infaza ilişkin hükümlere dayanmaya gerek yoktur. Ancak Yargıtay'ın dayandığı mantıktan hareket edildiğine, basit bir toplama işleminden ibaret olmayıp, hücre cezasının tayini bakımından takdir hakkının kullanılmasının söz konusu olduğu (765 sayılı TCK 70, 73 md) içtima kararları bakımından aleyhte değiştirme yasağının geçerli olması gerektiği sonucuna ulaşılır.

Hükümlünün cezaevinde kalacağı süreyi doğrudan etkilediği için 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde yer almamasına rağmen 5377. maddesiyle değiştirilen TCK'nın 7/3. maddesinde; *"hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır"* denilmiştir. Böylece, infaz kurumu olarak kabul edilmesine rağmen, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin hükümleri derhal uygulama ilkesinden istisna tutulmuştur.

Doktrinde, erteleme, tekerrür ve koşullu salıverme hükümlerinin, hükümlünün özgürlüğünün kısıtlanıp kısıtlanmayacağı, hangi koşullarda ve ne kadar süreyle kısıtlanacağına ilişkin olduklarından ceza hukuku normu niteliğinde oldukları ileri sürülmüştür.¹³⁶ Tekerrür halinde hapis cezası ve adli para cezasının seçenekli olarak öngörüldüğü hallerde hapis cezasına hükmolunacağına dair hükmün maddi ceza hukukuna ilişkin bir hüküm olduğu açıktır.¹³⁷

Yüksek Mahkememiz 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde de tekerrür, şartlı salıverme ve ertelemeye ilişkin olarak lehe kanun hükümlerinin uygulanması ve aleyhte değiştirme yasağının dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.¹³⁸ TCK'nın 7/3. maddesinde yazılı tekerrür, erteleme ve şartlı salıverme hükümleri dışında infaza ilişkin hükümler bakımından derhal uygulama ilkesi geçerli olup aleyhte değiştirme yasağının uygulanması mümkün değildir.

¹³⁶ Selçuk, s. 31.

¹³⁷ Katoğlu, s.222; Selçuk, s. 31.

¹³⁸ 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verilen İBK'da şartlı salıverme hükümleri bakımından aleyhte değiştirme yasağının uygulanması gerektiğine hükmederken Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine dayanmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, *"her ne kadar infaz hukukunda kazanılmış hak söz konusu değil ise de, olayda kazanılmış haktan söz etmeye gerek de yoktur. Anayasa, yasaların herkese eşit uygulanacağını kabul eder. Bu bakımdan eşitlik ilkesi nedeniyle aleyhte olan yeni yasa uygulanamaz."* (İBK, 28.01.1974, 5/1)

Macar Hukuku'nda, aleyhte değiştirme yasağının, cezanın infaz şeklinde ve şartlı salıvermeye ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmasına engel teşkil etmediği kabul edilmektedir. Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s.107.

B. HATALAR

a. Maddi Hatalar

Hüküm kurulurken çeşitli hatalar yapılabilir. Örneğin, ilgili kanun maddesinde suç için hapis cezası ile birlikte para cezası da öngöröldüğü halde hâkim yalnız hapis cezasına veya yalnızca para cezasına hükmedebilir. İlgili kanun maddesinde cezanın alt sınırının altında bir ceza tayin edilebilir. Nitelikli bir hal nedeniyle ceza artırırken veya bir indirim nedeninin uygulanması sırasında hesap hatası yapılarak daha az bir ceza tayin edilebilir. Hatta nitelikli hal nedeniyle cezanın artırılması yerine indirim yoluna gidilebilir. Acaba bu hatalar yasadak kapsamında kabul edilebilir mi?

Bir görüşe göre, bu hatalar hâkimin bile olsa sanığın bu gibi hatalardan yararlanması mümkün değildir. Cezaların toplanmasında hata edilmesi, yasal indirim nedenlerindeki indirim oranı aşılarak cezada indirim yapılması yoluna gidilmesi aleyhte değiştirme yasağının kapsamı dışında kabul edilmelidir.¹³⁹ Kanımızca, bilinçli bir iradenin ürünü ve mantıklı bir akış sürecinin sonucu olmayan, toplama ve çıkarma hataları, örneğin cezadan artırım ve indirim yapılırken yapılan hesap hataları ile cezaların toplanması sırasında yapılan hatalar, cezanın nitelikli bir hal nedeniyle artırılmasına karar verildiği halde indirim yoluna gidilmesi gibi uygulamada ve doktrinde maddi hata olarak nitelendirilen haller bakımından aleyhte değiştirme yasağı kabul edilemez.

Buna karşılık, ilgili kanun maddesindeki cezanın alt sınırının altında bir ceza tayin edilmesi, yasal olarak mümkün olmadığı halde sanık hakkında bazı indirim nedenlerinin uygulanması, yine yasal olarak mümkün olmadığı halde hapis cezasının para cezasına dönüştürölmesi gibi, bilgi eksikliği, yeterli özenin gösterilmemesi, dalgınlık ve benzeri sebeplere dayalı olarak yapılan hatalar bakımından farklı düşünmekteyiz. Burada aslında hatadan ziyade bir yanlış uygulama söz konusudur. İşte bu yanlış uygulamalar esaslı konulara ilişkin olsa da aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul edilmelidir.¹⁴⁰ Yine cezaların artırımı ve indirimi sırasında cezanın yıl olarak belirlenmesi yerine ay olarak tespit edilmesi basit bir matematik hatası değil, bir uygulama hatası olup bu gibi hatalar aleyhte değiştirme yasağı kapsamındadır. O nedenle cezanın takdiri indirim nedeniyle TCK'nın 62. Maddesi uyarınca 1/5 oranında indirim tabi tutulması şeklindeki hatadan sanığın yararlanması ge-

¹³⁹ Erem, CMUK şerhi, s.756.

¹⁴⁰ "Sanık hakkında uygulama yapılırken takdiri indirim oranı 1/6 yerine 1/5 olarak gösterilmiş ise de; 5237 sayılı Yasanın 62. maddesinde 1/5 olarak öngörölen indirim oranının yasa yürürlüğe girmeden 31/03/2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 5328 sayılı Yasa ile 1/6 olarak değiştirildiği ve bu şekliyle yürürlüğe girmiş bulunduğu ve yürürlüğe girmeyen bir yasanın uygulanamayacağı, sonuç cezanın da 1/6 indirim oranına göre doğru olarak besaplandığı, indirim oranının hatalı gösterilmesinin sanık lehine kazanılmış hak oluşturmayacağı anlaşılmakla..." 5.CD, 10/05/2012, 2008/2913 E, 2012/5036 K.

rektiğini ve aksi yöndeki Yargıtay kararının isabetli olmadığını düşünmekteyiz.¹⁴¹ Yargıtay, her bir suç bakımından tayin olunan cezaların toplanması (içtima) sırasında yapılan hataları yasak kapsamında kabul etmezken, suç için ceza tertip edilirken yapılan hesap hatalarını aleyhte değiştirme yasağı kapsamında kabul etmektedir.¹⁴²

Bazen hâkimin yanlış uygulaması hem lehe, hem de aleyhe bir durum yaratabilir. Örneğin, suç için seçenekli ceza öngörülen hallerde hapis cezası tercih edilmiş ise bu cezanın artık para cezasına dönüştürülmesi mümkün değildir. Seçenekli cezalardan hapis cezası tercih edildiği halde bu cezanın hapis cezasına dönüştürülmesi ve dönüştürülen cezanın da temyiz sınırının altında kalması halinde durum böyledir. Zira hapis cezasının para cezasına dönüştürülmesi lehe olmasına rağmen, sanığın temyiz hakkını yitirmesi aleyhine bir durumdur. Daha lehe bir ceza tayin edilmesine rağmen, sanık hükmün hukuka aykırı olduğu düşüncesinde ise bu hüküm sanığı tatmin etmeyecektir. Hâkimin yaptığı yanlış bir uygulama nedeniyle sanığın hukuka aykırı bir karara katlanmasını savunmak güçtür. Bu gibi hallerde ceza bakımından aleyhte değiştirme yasağı kabul edilmekle birlikte sanığın yasa yoluna başvurma hakkı kısıtlanmamalıdır.

Yargıtay bu gibi hallerde sanık aleyhine yasa yoluna başvurulmasını kabul etmektedir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi; “5237 sayılı TCK'nun 86/2. maddesinde hapis ve adli para cezalarının seçenek olarak öngörülmesi karşısında, seçenek yaptırımlardan hapis cezasına hükmedilmişse, bu cezanın artık adli para cezasına çevrilmeyeceğini dü-

¹⁴¹ “Zimmet suçundan sonuç olarak 7 yıl 9 ay 22 gün yerine 6 yıl 21 ay 22 gün hapis cezasına hükümlenmesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.” (5.CD, 23/02/2012, 2008/1392 E, 2012/961 K) 5237 sayılı TCK'nun 86/1 ve 86/3-e maddeleri uyarınca belirlenen 3 yıl 9 ay hapis cezası üzerinden, aynı yasanın 87/2-b maddesinin tatbiki ile 2 kat artırım yapıldığı sırada, hapis cezasının “9 yıl 27 ay” olarak belirlenmesi yerine hesaplamada hata yapılarak “6 yıl 18 ay” olarak belirlenmesi, bozmayı gerektirmiş olup, ... hükmün bozulmasına, sanık aleyhine temyiz bulunmadığından CMUK 326/son maddesi uyarınca ceza miktarı itibarıyla sanığın kazanılmış hakkının korunmasına” (1. CD, 03.05.2011, 2010/2905 E, 2011/2772 K).

“Sanık Hamdi hakkında müebbet hapis cezası yanında kasten insan öldürme ve yağma suçlarından verilen muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezaların TCK'nun 73. maddesi uyarınca içtimalı sırasında her bir muvakkat hürriyeti bağlayıcı ceza yönünden ayrı ayrı hücre süresi belirlenmesi gerektiği düşünülmeden toplam tek bir hücre süresine hükmedilmesi, bozmayı gerektirmiş, re'sen temyize tabi hükümlerin, tebliğnamedeki düşünce gibi bozulmasına, kurulan hükümlerde sanık aleyhine temyiz olmadığından CMUK 326. maddesi uyarınca ceza miktarı itibarıyla sanığın kazanılmış haklarının korunmasına” (1. CD, 24.01.2011, 2010/6267 E, 2011/58 K).

¹⁴² “İçtima sırasında yapılan hesap hatası kazanılmış hak oluşturmayaacağından, doğrudan verilen adli para cezası ile hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen adli para cezaları toplanırken sonuç para cezasının 3975 Lira yerine, 2975 Lira olarak eksik tayini” (8.CD, 24.01.2012, 2011/17191 E, 2012/1820 K). “Hapis cezası adli para cezasına çevrilirken hesap hatası sonucu eksik ceza tayin edilmiş ise de kazanılmış hak nedeniyle bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.” (12.CD, 06/03/2012, 2012/8566 E, 2012/6166 K). “Sanık hakkında tayin edilen adli para cezasından, kusur nedeniyle indirim yapılırken, hesap hatası nedeniyle sonuçta eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından ve kazanılmış hak da gözetilerek bozma nedeni yapılmamıştır.” (12.CD, 12.03.2012, 2012/10933 E, 2012/6850 K)

zenleyen TCK'nun 50/2.maddesine aykırı olarak sanık (A.E) hakkında hükmolunan hapis cezasının 1.500.00 TL adli para cezasına çevrilmesi, O Yer C.Savcısının aleyhe temyizi nedeniyle, hükmün temyiz kabiliyetini ortadan kaldırmayacağına” hükmetmiştir. Buna karşılık kararın ifade biçiminden sanığın bu hakka sahip olmadığı sonucu çıkmaktadır ki bunu izah etmek güçtür.¹⁴³

b. Yargıtay Bozma Kararının Yorumunda Hata Edilmesi

Yerel mahkemenin, Yargıtay bozma kararını yorumlamada hataya düşerek sanık lehine daha az bir ceza tayin etmesi ve bu hüküm aleyhine de yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde, sanık mahkemenin bu hatasından yararlanacaktır. Bu hata, Yargıtay'ın aleyhte değiştirme yasağına ilişkin vermiş olduğu kararın yanlış yorumlaması sonucu da ortaya çıkabilir. Örneğin, aleyhte değiştirme yasağı uyarınca tayin edilmesi gereken cezadan daha az bir ceza tayin edilmesi veya önceki ceza tedbire dönüştürülmediği veya ertelenmediği halde Yargıtay kararının yanlış yorumlanarak, hapis cezasının tedbire dönüştürülmesi veyahut ertelenmesi halinde olduğu gibi. Sanığın ikinci kez yapılan hatadan yararlanması rahatsızlık

¹⁴³ 2. CD, 27.05.2009, 2008/23968, E, 2009/25622 K. Bu kararla ilgili yazılan karşı oy şu şekildedir: “Mahkemelerce daha ağır bir cezayı gerektirecek ve doğru uygulama yapıldığında temyiz incelemesine konu olabilecek bir eylemde, suç niteliği doğru belirlenmesine karşın, yanlış bir uygulama ile kesinlik sınırı içinde kalan bir cezanın verilmesi halinde, bu gibi hükümlerin aleyhe başvuru üzerine, temyiz denetimine konu olabileceği, düşüncesine katılmak mümkün değildir. Sonuç cezanın, 2000 YTL yi aşmayan adli para cezası olması halinde, kesin nitelikteki hükümlerin ancak kesinlik sınırını aşar nitelikte yaptırım içermek koşuluyla suç vasfına yönelik temyiz üzerine, bu hususla sınırlı biçimde temyiz incelemesine konu olabilecekleri, suç vasfı dışında yapılan ve maddi hatayı belirleyen aleyhe temyizlerin temyiz incelemesine konu olamayacaklarını düşünmekteyim. “uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir” hükmü karşısında, sonuç cezanın, 2000 YTL yi aşmayan adli para cezası olması halinde, kesin nitelikteki hükümlerin, lehe temyiz varsa incelenemez, aleyhe temyiz varsa incelenebilir kabulü çelişkidir ve kabul edilemez.” (H.E) Yanılgılı uygulama nedeniyle temyiz sınırının altında kalan cezaların lehe temyiz üzerine incelenememesi, buna karşılık aleyhe temyiz üzerine incelenmesi şeklindeki uygulamanın isabetli olmadığını düşünmekte ve bu açıdan karşı oydaki düşünceyi yerinde bulmaktayız. Kişisel kanaatimiz, suçun niteliğinin değişmesinin söz konusu olmadığı bu gibi hallerde aleyhe yasa yoluna başvurulmayacağı şeklindedir. Yüksek Mahkememizin uygulaması da, kesin nitelikteki hükümlerin ancak temyize elverişli olabilme ön koşulu ile suçun niteliğine yönelik temyiz üzerine ve bununla sınırlı olarak temyiz incelemesine konu olabileceği şeklindedir (C.G.K. 29.11.2005 gün ve 2005/7-123-151). Sanık bakımından ise farklı düşünmek gerektiği kanısındayız. Gerçekten burada yanılgılı uygulama nedeniyle sanık lehine bir ceza tayini söz konusu ise de, bu durum sanığın bir başka hakkını, yasa yoluna başvurma hakkını ortadan kaldırmaktadır. Hükmün hukuka aykırı düşünen sanığı, lehine olan yanılgılı uygulama nedeniyle anayasal bir hakkı olan yasa yoluna başvurmadan mahrum ve haksız bir mahkumiyete katlanmaya zorlamak isabetli olmayacaktır. Sanığın yasa yoluna başvurma hakkı kabul edildiğinde ise şu sorunun yanıtlanması lazımdır: acaba sanık yasa yoluna başvurduğunda önceki yanılgılı uygulama nedeniyle lehine oluşan durumdan feragat etmiş mi olacaktır, yoksa bu durumda da aleyhte değiştirme kuralı uyarınca önceki para cezasından daha fazla ceza verilemeyecek midir? Yasağın kabul ediliş amacı dikkate alındığında, aşırı bir lehe durum yaratacak olmasına karşın sanığa önceki para cezasından daha fazla bir ceza tayin edilemeyeceğini düşünmekteyiz.

yaratırsa da yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde sanık bu hatadan yararlanacaktır.¹⁴⁴

C. GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Güvenlik tedbirleri, suçluyu ıslah ve terbiye ederek topluma kazandırma ve yeniden suç işlemesine engel olmak suretiyle de toplum düzenini koruma amacını güder. Bu amaca en uygun tedbirlerin ise en son çıkan yasalardaki tedbirler olduğu düşüncesiyle, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin hemen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴⁵ Derhal uygulamanın bir gerekçesi de güvenlik tedbirlerinin ceza olmayıp, aralarında ağırlık bakımından bir fark bulunmadığı şeklindeki kabuldür. Ancak bazı güvenlik tedbirleri diğerlerine göre daha ağır olup, güvenlik tedbirlerinin aynı ağırlıkta olduğu şeklindeki düşünce isabetli değildir. Ayrıca gerek Anayasa'da (Ay 38 md) gerekse de TCK'da (TCK 7/1 md) güvenlik tedbirleri bakımından da kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkenin önemli unsurlarından biri de geçmişe uygulama yasağıdır. 5377 sayılı yasa ile değiştirilmeden önce 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesinde, *"güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır"* denilmekteydi. Değişiklikten sonra ise güvenlik tedbirlerine yer verilmemiş, tekrerrür, erteleme ve koşullu salıverme hariç infaz rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere derhal uygulama ilkesi, "infaz rejimine" ilişkindir. Kanun ve gerekçesinde bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bizim de katıldığımız doktrindeki görüşe göre, bu kavramdan, infazın salt gerçekleştirilmesi ve infazın şekline ilişkin hükümlerin anlaşılması gereklidir.¹⁴⁶ Buna göre, cezanın türünü ve miktarını değiştirip hükümlünün cezaevinde kalacağı süreyi uzatan hükümlerin derhal uygulanmaması lazımdır. Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir karar da, bu görüşü destekler niteliktedir. CGK'na göre, 5237 sayılı TCK'da yer alan *"güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanunun uygulanacağına ilişkin düzen-*

¹⁴⁴ "Sanığın kazanılmış hakkının bulunmamasına rağmen mahkemece sanığın kazanılmış hakkı olduğundan bahisle alt haddeden ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" (12.CD, 27.02.2012, 2012/9698 E, 2012/5348 K). "Aleyhe bozma yasağının sonuç cezaya ilişkin olmasına rağmen; kazanılmış haktan bahsedilip cezanın ertelenmesine karar verilmesi, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (12.CD, 10/10/2011, 2011/3157 E, 2011/2648 K) "Sanıklar (AK) ve (ZD) hakkında ceza belirlenirken, kazanılmış hakkın sonuç ceza üzerinden değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeyerek eksik ceza öngörülmüş ise de, karşı temyiz olmadığından bozma yapılamayacağı" (4.CD, 11.04.2012, 2012/3006 E, 2012/8834 K), "Kazanılmış hak oluşturacağı yanlışısıyla 765 sayılı TCY'nın 95/2. maddesi uygulanmamış ise de, bu hususun infazda gözetilebileceği ve bozmayı gerektirmediği," (4.CD, 24.1.2012, 2011/22459 E, 2012/1114 K). Aynı yönde bkz.6.CD, 02.11.2012, 2008/27996 E, 2012/19027 K.

¹⁴⁵ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 124-125. Yazarlara göre, lehe güvenlik tedbirleri geçmişe yürürlükte uygulanacak, buna karşılık aleyhe güvenlik tedbirleri ise geçmişe yürürlükte uygulanmayacaktır. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 125.

¹⁴⁶ Selçuk, s. 33, Özbek, İnfaz, s. 21; Katoğlu, s. 222.

leme, infaz rejimi yönünden derhal uygulama ilkesine aykırı olarak, ileride yapılacak değişikliklerin uygulanmasını engelleyecek ve sadece güvenlik tedbirlerinin infaz rejimi ile sınırlı bir şekilde iken, sonraki düzenleme ile bu kural, güvenlik tedbirlerinin infaz rejimine, cezaların infaz rejimi de eklenmek ve derhal uygulama ilkesi benimsenmek suretiyle genişletilmiştir. Ancak burada dikkate alınması gereken husus, bu kuralın ceza veya güvenlik tedbirinin kendisi ile ilgili olmayıp, infaz rejimi ile sınırlı olduğudur, zira gerek cezalar, gerekse güvenlik tedbirleri yönünde 7. maddenin 1 ve 2. fıkralarında yer alan kurallar geçerli olup, 3. fıkra sadece infaz rejimi ile sınırlıdır.”¹⁴⁷ Derhal uygulama ilkesi yalnızca infaz rejimi ile sınırlı olduğuna göre, güvenlik tedbirini ağırlaştırılan hükümler bakımından aleyhte değiştirme yasağının bulunduğunu kabul etmek gerekir.¹⁴⁸

Güvenlik tedbirlerinin amacı, kısaca suçluyu ıslah edip tekrar topluma kazandırmak olup, bu amaca en iyi hizmet edecek tedbirin de en son çıkarılan kanunda yer alan tedbir olduğuna kabul edilir. O nedenle, bu tedbirler bakımından derhal uygulama ilkesinin geçerli olması, aleyhte değiştirme yasağının uygulanmaması lazımdır. Ancak bazı güvenlik tedbirlerinin cezaya benzediği ve özgürlüğü kısıtladığı da bir gerçektir. O nedenle, doktrinde güvenlik tedbirleri bir ayırıma tabi tutulmakta; cezaya benzer, kişinin özgürlüğünü kısıtlayan tedbirler bakımından lehe kanunun uygulanması; buna karşılık failin korunması, tedavi edilmesi amacını güden güvenlik tedbirleri bakımından ise yeni kanunun derhal uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir.¹⁴⁹ Yukarıda da belirtildiği üzere Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, aleyhte değiştirme yasağına yer verilen hükümde, sanığın bir psikiyatri kliniğine veya tedavi kurumuna yerleştirilmesi kuralın kapsamı dışında tutulmuştur. İstisna tutulanların dışındaki güvenlik tedbirleri bakımından aleyhte değiştirme yasağı geçerlidir. Kanunumuzda yapılacak bir değişikle benzer bir düzenlemeye yer verilmesi yararlı olacaktır.

Esasında güvenlik tedbiri niteliğinde bulunmayan bazı tedbirler kanunumuzda güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir. Örneğin, 5. fıkra hariç TCK’nın 53. maddesinde yer alan tedbirler güvenlik tedbiri olmayıp, ceza mahkûmiyetinin yasal sonuçlarıdır, hükümde yer almasa bile hükümlü hakkında uygulanırlar. O nedenle bu tedbirler bakımından aleyhte değiştirme yasağı söz konusu değildir.¹⁵⁰ Buna karşılık, suç karşılığı olarak suçludaki tehlikelilik haliyle orantılı şekilde ve hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar uygulanabilecek olan 5237 sayılı TCK’nın 53/5.

¹⁴⁷ CGK, 21.03.2006, 2006/9-49, E, 2006/52 K.

¹⁴⁸ Katoğlu, s. 216. Aynı sonuç için bkz. Selçuk, s. 30. Aksi görüş için bkz. Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 511-512, Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 107.

¹⁴⁹ Artuk, Mehmet Emin, Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı.1-2, Yıl: 2008, s. 479.

¹⁵⁰ Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011, s. 406.

maddesinde yer alan güvenlik tedbirinin süresinin takdiri tamamen hâkime ait olup bu hak yoksunluğuna karar verildiğinin hükümde açıkça gösterilmesi zorunludur. TCK'nın 53/5. maddesine hükümde yer verilmemesi ve yalnızca sanık lehine yasa yoluna başvurulması halinde aleyhte değiştirme yasağı uyarınca bu tedbire hükümlenmesi mümkün değildir.¹⁵¹

D. YARGILAMA GİDERİ VE VEKÂLET ÜCRETİ

Aleyhte değiştirme yasağı "ceza" bakımından geçerli olup, yargılama gideri ve vekâlet ücreti yasağın kapsamı dışında kalmaktadır. Yüksek Mahkeme'mizin genel uygulaması da yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bakımından da aleyhte değiştirme yasağının geçerli olmadığı şeklindedir.¹⁵² Ancak Yüksek Mahkememiz farklı kararlar da vermiştir.¹⁵³

IX. SONUÇ

Hukuksal temeli ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülen aleyhte değiştirme yasağı birçok ülkede kabul edilen ve uygulanan bir ilkedir. Aleyhte değiştirme yasağının yasal olarak düzenlenmediği bazı ülkelerde de bu yasağın yasal çarelerin doğası gereği mevcut olduğu ve açıkça düzenlenmese de bu kuralın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁵⁴ Gerçekten mevzuatında aleyhte değiştirme yasağına yer vermeyen Amerika Birleşik Devletleri'nde, içtihat yoluyla sanık lehine başvuru

¹⁵¹ CGK, 20.09.2011, 2011/5-104 E, 2011/183 K.

¹⁵² "Vekalet ücretinde kazanılmış hak olmayacağı gözetilmeden hüküm tarihinde geçerli avukatlık asgari ücret tarifesine göre vekalet ücreti tayini yerine, bozmadan önceki vekalet ücretine hükmedilmesi" (12. CD, 14.02.2012, 2012/1286E, 2012/2867 K).

"Kabule göre de vekalet ücretinin takdirinde kazanılmış hak söz konusu olmadığından, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 20. maddesi uyarınca hüküm tarihinde geçerli olan miktarın takdir edilmesi gerektiğinin nazara alınmaması," (2. CD, 26/01/2012, 2011/8258 E, 2012/1169 K)

¹⁵³ "1) Katılan lehine verilen vekalet ücreti miktarının hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1250.TL olması gerektiği halde, kazanılmış hak oluştuğundan bahisle yazılı şekilde 900.TL maktu vekalet ücretine hükmedilmesi suretiyle eksik vekalet ücreti takdir edilmesi, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (1. CD, 13.04.2011, 2009/8236 E, 2011/2260 K).

"27.07.2006 tarihli ilk kararda katılanlar lehine vekalet ücretine hükmedilmediği ve bu kararın sadece sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi nedeniyle sanık lehine kazanılmış hak oluşmasına rağmen mahkemece 19.03.2009 tarihli kararda katılanlar lehine vekalet ücretine hükmedilmesi," (12. CD, 02.04.2012, 2012/8308 E, 2012/8845 K). Yargıtay'ın mülga 1412 sayılı CMUK'nun yürürlükte olduğu dönemdeki kararları da bu yönde idi. "Yerel Mahkemece, ilk hükümde zorunlu kararını verdiği araç ve emvalin değeri üzerinden nisbi vekalet ücretine hükmedilmemiş ve bu hüküm sadece sanık tarafından temyiz edilerek incelenmiştir. O halde, sanık yönünden nisbi vekalet ücretine ilişkin olarak usuli mütesep hak doğmuştur. Bozmadan sonra Yerel Mahkeme bozma gereğini yaparak hüküm kurduğuna göre, katılan vekilinin şahsi hakka yönelik temyizi üzerine Özel Dairenin nisbi vekalet ücreti hükmedilmemesini bozma nedeni yapması usuli kazanılmış hak ilkesine aykırıdır" (CGK. 7.12.1992, 321/333).

¹⁵⁴ Herke/Toth, Prohibition of Reformatio in Peius, s. 96.

üzerine sonucun aleyhe değiştirilmesine sınırlamalar getirilmiş ve sonucun ağırlaştırılmasının sanığın Anayasa’da güvence altına alınan yasa yollarına başvurma hakkını ihlal edeceği belirtilmiştir.¹⁵⁵ Yasa yoluna başvurma hakkının AİHS’nin Ek-7. Protokolü’nde düzenlendiğine işaret eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin R (92) 17 sayılı Tavsiye Kararı’nda da, sanık lehine temyizde hükmün aleyhe bozulabileceği korkusunun, sanıkların yasa yoluna başvurmalarını engelleyeceği belirtilerek üye ölkelere aleyhte değiştirme yasağının kabul edilmesi tavsiye edilmiştir. Özetle belirtmek gerekirse günümüz için bu önemli ilkedен vazgeçilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Tam tersine, bu kuralın kabul ediliş amacına, yani sanığın sonucun aleyhine değiştirilebileceği korkusuna kapılmadan yasa yollarına başvurma hakkını güvence altına alacak şekilde yeniden düzenlenmesi yararlı olacaktır. O nedenle yapılacak bir yasal düzenlemede yasak yalnızca cezaya hasredilmemeli, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nda olduğu gibi (Fransız CMK 515/1 md) “sanığın durumu” nun ağırlaştırılamayacağı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Alicanoğlu, Mahmut, Tarihçeli, İzahlı, İctihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1971.
- Altıparmak, Kerem, “Due Process Of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, Cilt.45, Sayı.1-4, 1996.
- Artuk, Mehmet Emin, Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakóltesi Dergisi, Cilt:XII, Sayı.1-2, Yıl: 2008.
- Ashman, Allan, The Prisoner’s Dilemma: Harsher Punishment upon Retrial, 55, American Bar Association Journal, (1969). <http://heinonline.org>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012).
- Aplin, Kenneth L. Sentence Increases on Retrial after North Carolina v. Pearce; University of Cincinnati Law Review, Volume:39, No.3, (1970).<http://heinonline.org>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012)
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası İstanbul 2012.
- Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (92) 17 of The Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing. <https://wcd.coe.int/com.instranet>. (Erişim Tarihi: 26.5.2012).
- Çağlayan, Muhtar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt.3, Ankara 1981.
- Dunsky, Gregory P., The Constitunatality of Increasing Sentences on Appelleate Review, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol.6, No.1.(1978). <http://Heinonline.Org> (Erişim Tarihi: 28.5.2012).

¹⁵⁵ Increased Sentece Upon Retrial, (Case Comment), Volume: 25, Washington and Lee Law Review, (1968), s. 60 vd; <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol25/iss1/5> (Erişim Tarihi:26.5.2012). Ashman, s.928 vd. Aplin, s.427 vd.

- Erem, Faruk, Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara Barosu Dergisi, Cilt.24, Sayı.4, 1967.
- Erem, Faruk, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996.
- Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Yolu Olarak İstinaf, Ankara 2010.
- Eryılmaz, M.Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2012.
- Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013.
- Herke/Toth, Overview of Prohibition of Reformatio in Peius in the Hungarian Criminal Procedure, (Kısaltma: Overview of Prohibition of Reformatio in Peius) Lex et Scientia, Volume.1, No:XVIII, Bukarest 2011. http://lexetscientia.univnt.ro/download/379_377_lesij_js_XVIII_1_2011_art_002.pdf. (Erişim Tarihi:28.3.2013).
- Herke,Csongor/Toth, Csenge, Theoretical and Practical Issues of the Prohibition of Reformatio in Peius in Hungary, (Kısaltma: Prohibition of Reformatio in Peius) Issues of Business And Law, Volume 3 (2011). www.ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/3/4 (Erişim Tarihi: 2.3.2012).
- Günay, Erhan, Uygulamada ve Öğretide Bozmanın Sirayeti ve Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2000.
- Increased Sentece Upon Retrial, (Case Comment), Volume: 25, Washington and Lee Law Review, (1968). <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol25/iss1/5>(Erişim Tarihi:26.5.2012)
- Jerold H.Israel/Wayne R.LaFave, Criminal Procedure, Constitutional Limitations, in a Nutshel, Minnesota, United States of America, 1993.
- Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001.
- Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008.
- Keskin, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio in Peius Kuralı, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2011.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2012.
- Kunter, Nurullah, Aleyhte Düzeltme Yasağı, İHFM, Sayı.3-4, (1952).
- Malleson, Kate, The Legal System, Oxford University Press, 2007.
- Nicholas, Cowdery, Crown Appeals Against Sentence and Double Jeopardy, <http://njca.anu.edu.au> (Erişim Tarihi:25.5.2012).
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat M./Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2012.
- Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara 2007.
- Özgenç, İzzet,Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Ankara 2013.

- Vural/Savaş, Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Ankara 1995.
- Selçuk, Sami, Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı ve Ülke-
mizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım, Türkiye Adalet
Akademisi Dergisi, Cilt.1, Yıl.2, Sayı.7, Ekim 2001.
- Spencer, John. R. *“Does our Present Criminal Appeal System Make Sense”* Criminal
Law Review, August [2006]
- Stavros, Stephanos , The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the
European Convention on Human Rights, Dordrecht, Boston/London, 1993.
- şener, Esat, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk-Ceza, Ankara
1997.
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hu-
kuku, Ankara 2011.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Ola-
rak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2006.
- Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul 1955.
- Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, Açıklamalı-İçtihatlı, Ceza Muhakemeleri
Usulü Kanunu, Ankara 2000.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.
- Uygun, Mehmet/ Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Genel Kurulu Ka-
rarları (1988-1991), Ankara 1991.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Baro-
lar Birliği Yayınları, Ankara 2006.
- Yüce, Turhan Tufan, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanunyolları,
Erzurum 1967.
- Wasek-Wiaderek, Malgorzata, The Principle Of “Equality Of Arms” in Criminal Pro-
cedure Under Article 6 Of The European Convention On Human Rights And its
Functions in Criminal Justice of Selected European Countries a Comparative View,
Leuven, Belgium, 2006.

