

DOKTRİN VE UYGULAMA IŞIĞINDA CEZA MUHAKEMESİNDE HAKİMİN TARAFSIZLIĞI VE GÖREV YASAKLARI*

Faruk TURHAN**

ÖZ

Çalışmada hâkimin tarafsızlığı kavramı ve hâkimin tarafsızlığının Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde nasıl düzenlendiği üzerinde kısaca durulduktan sonra Ceza Muhakemesi Kanunu md. 22 ve 23'te düzenlenmiş olan hâkimin görev yasaklarının kapsamı doktrin ve uygulama ışığında detaylı olarak ele alınıp tartışılmıştır. Benzer hükümlerin yer aldığı kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeler ile Alman doktrin ve uygulaması da çalışmada göz önünde bulundurulmuştur. Uygulamada sorun teşkil ettiği ve farklı görüşler bulunduğu için md. 23 fık. 1'deki bir karar veya hükme katılan hâkimin, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılmasının yasaklandığı haller ile md. 23 fık. 3'teki önceki yargılamada görev yapan hâkimin, yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapmasını yasaklayan düzenleme daha detaylı olarak incelenmiştir.

Hakkında yasaklılık hallerinden birisi söz konusu olan hâkim kanun gereği hiçbir muhakeme işlemi yapamaz. Yasaklılık nedenin hâkim tarafından bilinmesi gerekli olmadı gibi muhakemeye katılanlar tarafından hâkimin reddinin istenmesi de gerekmez. Görev yasaklarına uyulmamış olması kesin hukuka aykırılık nedeni olup, hükmün temyiz ve istinaf kanun yolunda bozulmasını gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Hâkimin tarafsızlığı, hâkimin görev yasakları, hâkimin çekinmesi, tarafsızlığı şüpheye düşüren sebepler, hâkimin reddi, görev yasağının bulunmasının sonuçları*

* 3-5 Mayıs 2018 tarihinde Alanya'da düzenlenmiş olan 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda tarafımda "Ceza Muhakemesinde Hakim Tarafsızlığı: Doktrin ve Uygulama Işığında Hakim Görev Yasakları ve Tarafsızlığını Şüpheye Düşürebilecek Haller" adlı bir tebliğ sunulmuş ve tebliğin kısa bir özeti Sempozyum Özet Kitapçığı'nda yayınlanmıştır. Bkz. Uluslararası Hukuk Sempozyumu/International Symposium on Law, s. 38 (Editör: Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Zincirli, http://kayit.asoscongress.com/files/Hukuk_Ozet_Kitapçığı.pdf)

** Prof. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. farukturhan@sdu.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14/11/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17/12/2018

**IMPARTIALITY OF JUDGE AND MANDATORY REASONS FOR A
JUDGE'S DISQUALIFICATION FROM A CASE IN THE CRIMINAL
PROCEEDINGS IN THE LIGHT OF THE DOCTRINE AND THE CASE
LAW**

Abstract

In this paper, scope of the mandatory reasons for a judge's disqualification from a case, which are set forth under the articles 22 and 23 of the Turkish Code of Criminal Procedure, is examined in detail in the light of the doctrine and the case law after we briefly outline the concept of impartiality of judge and how it was regulated in the Constitution and international human rights conventions. In this study, we also consider the articles of the German Criminal Procedure Code and the German doctrine and jurisprudence since the German Code includes similar provisions. We elaborate on the first and the third paragraphs of article 23 because these provisions, on which there are various opinions, cause problems in the practice.

The judge about whom there is a mandatory reason for her/his disqualification from a case must not practice any judicial duty in that case. In this regard, it is not necessary that the judge is aware of the reason for the disqualification just as it is not needed that a motion for the disqualification of the judge is forwarded. Ignoring a mandatory reason for a judge's disqualification from a case is considered as an absolute violation of the law and requires the judgment to be set aside.

Key Words: *Impartiality of judge, mandatory reasons for a judge's disqualification from a case, self-disqualification of judge, grounds casting doubt on impartiality, judicial disqualification of judge, legal consequences of the mandatory reasons for a judge's disqualification.*

**DIE UNPARTEILICHKEIT UND AUSSCHLIESSUNG DES
RICHTERS IM STRAFPROZESS IM LICHT DER LEHRE UND
RECHTSPRECHUNG**

Zusammenfassung

In dieser Arbeit wurde zuerst der Begriff und die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit sowie die Regelungen hierzu in der Verfassung und in den internationalen Menschenrechtsverträgen kurz dargestellt. Dann wurden die Ausschließungsgründe der Richter nach der türkischen Strafprozessordnung im Lichte der Lehre und Rechtsprechung untersucht. Dabei wurden die deutschen Lehrmeinungen und Gerichtsentscheidungen rechtsvergleichend mitberücksichtigt. Die Ausschließungsgründe eines Richters nach § 23 Abs. 1 und 3 wurden jedoch ausführlicher diskutiert, weil hierzu in der Praxis gewisse Probleme vorhanden sind. Denn bezüglich der "Mitwirkung an einem Beschluss" nach § 23 Abs.1 gibt es Meinungsverschiedenheiten und Diskussionen in der Lehre und der Rechtsprechung. Genauso problematisch ist die Formulierung des Ausschlussgrundes im Wiederaufnahmeverfahren nach §. 23 Abs. 3.

Liegt ein Ausschließungsgrund vor, so ist der betroffene Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Vorliegen des Ausschließungsgrundes durch den Richter erkannt worden ist oder nicht, ob die Prozessbeteiligten die Ablehnung des Richters beantragt haben oder nicht. Die Urteile, an welchen ein ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, sind rechtswidrig und stellen einen absoluten Revisionsgrund dar.

Schlüsselwörter: *Unparteilichkeit des Richters, Ausschließung eines Richters, Ausschließungsgründe, Selbstablehnung des Richters, Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit, Rechtsfolgen des Ausschließungsgrundes*

I. Giriş

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki gibi hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için hakimin tarafsızlığını bozacak halleri görev yasakları ve hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler olmak üzere iki grup altında düzenlemişti. 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), CMUK'taki düzenlemeyi önemli oranda korumakla birlikte, CMUK md. 22'deki görev yasağına iki görev yasağı daha ekleyerek yasakların kapsamını genişletmiştir.

CMUK'un yürürlükte bulunduğu dönemde hakimin görev yasaklarının kapsamı üzerinde uygulamada ortaya çıkan sorunlar nedeniyle doktrinde konu ile ilgili önemli çalışmalar yapılmıştır.¹ Buna karşın Yeni CMK'daki düzenlemeler hakkında yeterince bilimsel çalışmanın henüz yayınlanmadığı görülmektedir. Bu nedenle CMK'daki görev yasaklarının yeni düzenlemeler ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar açısından yeniden ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Çalışmada, önce hakimin tarafsızlığı kavramı ve uluslararası sözleşme ve belgelerde tarafsızlık konusu kısaca ele alındıktan sonra CMK'daki görev yasakları doktrin ve uygulama ışığında detaylı olarak incelenecek ve görev yasaklarının sonuçları üzerinde kısaca durulacaktır. Görev yasakları

* Bu çalışmada **atıfta bulunulan Yargıtay kararları**, ayrıca bir kaynak gösterilmediği takdirde, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası veri tabanından** (www:kazanci.com) alınmış olup, **her atıfta ayrıca belirtilmemiştir.**

¹ Bu konudaki en önemli çalışmalardan birisi şüphesiz **Prof. Dr. Nur Centel Hocamızın, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı** adlı 1996 tarihli çalışmasıdır. Kaynak Alman CMK'daki düzenleme, Alman doktrin ve uygulamasını da dikkate alan çalışma bu gün için de güncelliğini koruyan bir kaynak niteliğindedir. Kendisi için çıkarılan Armağan kitabına katkıda bulunamamıştım. **Bu çalışmayı Prof. Dr. Nur Centel Hocamıza armağan ediyor,** kendisine daha nice sağlık ve esenlikli yıllar diliyorum.

konusunda Alman CMK'nın da benzer hükümler içermesi nedeniyle Alman doktrin ve uygulaması da çalışmada dikkate alınmıştır. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenler ve hakimin reddi usulü inceleme kapsamına alınmamıştır.

II. Hakimin Tarafsızlığı Kavramı ve Hakimin Tarafsızlığının Önemi

Genel olarak tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması, davanın tarafları karşısında ve onların leh veya aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmaması demektir².

Hakimin tarafsızlığı, hakimin ceza muhakemesine katılanlar bakımından objektif davranması, yani taraflara karşı eşit mesafede bulunması ve kişiliğinden sıyrılabilmemesidir³. “Tarafsızlık, hâkimin baskı altında kalmadan, etkilere kapalı, taraf tutmadan, objektif olarak yargılama yapması, kararını hukuka ve vicdanına göre vermesidir”⁴. Karar verecek hâkimin en önemli özelliklerinden birisi olan tarafsızlık, yargı görevinin yerine getirilmesinde bir tarafın lehine davranmama veya ön yargılı olmama demektir⁵. Hâkimin tarafsız olması, onun görevini yaparken hiç kimseyi kayırmamasını, kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesini, duygularına kapılmamasını, kişisel görüşlerinin ve önyargılarının etkisi altında karar vermemesini ifade eder⁶.

Bağımsızlıkta hakimin muhakeme dışı etkilere karşı korunması söz konusu iken, tarafsızlıkta somut olayda yargılama yaparken hakimin muhakeme içi etkilere karşı korunması söz konusu olmaktadır⁷.

² Anayasa Mahkemesinin kararlarından aynen aldığımız bu tanımlama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatlarına dayanmaktadır. Bkz. AİHM, Piersack/Belçika Kararı, 01.10.1992, § 30; AYM, Başvuru No: 2013/3985, 06.01.2016, § 17; AYM Başvuru No: 2013/2782, 11.03.2015, § 83; AYM, Başvuru No: 2013/7586, 04.11.2015, § 94. AYM'nin diğer birçok kararında da aynı tanıma yer verildiği görülmektedir.

³ Nur CENTEL/Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018, s. 641; Feridun YENİSEY/Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Bası, Ankara 2017, s. 240; Cumhur ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku – I**, 9. Bası, Ankara 2018, s. 225.

⁴ Ali ALKAN, “2013-2014 Adli Yıl Açış Konuşması”, **Yargıtay Dergisi**, Ekim 2013, Cilt 39, Sayı 4, s. 12.

⁵ Thomas GIEGERICH, **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor**, Ankara 2009, s. 4. (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/avrupabirligi/turkyargisi/istisariziyaret/tr/%C4%B0stisariZiyaretRaporu-2008-tr.pdf>)

⁶ Merih ÖDEN, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara 1993, Cilt 43, S.1-4, s. 61.

⁷ ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 224; CENTEL/ZAFER, s. 641.

Hukuk devleti ilkesine uygun bir ceza muhakemesinin temel ilkelerinden birisi yargılama yapacak olan hakimin tarafsız ve önyargısız olmasıdır. Toplumun yargıya güveni hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurudur. Yargıya güveni korumak için, sadece adaleti uygulamak yetmez aynı zamanda adaletli görünmek de gerekir. Bu nedenle bağımsızlık ve tarafsızlığın sadece objektif olarak varlığı yeterli olmayıp, bunların varlığının kamuoyu tarafından algılanması da gerekir; çünkü bağımlı ve taraflı görünümeler yargıyı olumsuz etkiler⁸.

Adaletin gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez bir unsur olan karar verecek hakimlerin tarafsız olması günümüz hukuk sistemlerine özgü bir ilke olmayıp, tarihi gelişim süreci içinde her din ve kültürde ideal bir hakimin sahip olması gereken özelliklerin başında sayılmıştır. Bu açıdan örneğin Mecelle'nin birçok hükmünde hakimin tarafsızlığına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Doktrin ve uygulamada sıklıkla zikredilen ve hakimin sahip olması gereken özellikleri kısa ve öz bir şekilde ifade eden Mecelle'nin 1792. maddesindeki "Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır." hükmü, hakimin tarafların ziyafetine gitmesini yasaklayan 1794. maddesi, hakimin taraflardan biri ile yakınlaşmasını, taraflardan birini evine kabul etmesini, duruşma salonu veya başka yerde taraflardan biri ile baş başa kalmasını, taraflardan birine gizlice bir şey söylemesini yasaklayan ve dolayısıyla hakimlerin yargılama sırasında taraflara eşit davranmasını emreden 1798. maddesi, hakimlerin tam bir tarafsızlık içinde olmalarını, davacı ve davalıların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmelerini emreden 1799. maddesi, hakimin yakın hısımları hakkında hüküm vermesini yasaklayan 1808. maddesi ve hakimin ihsası reyde bulunmasını yasaklayan 1815. maddesi hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için konmuş Mecelle'nin önemli hükümlerindendir.

Hakimin tarafsızlığına büyük önem veren CMK, md. 22 ve devamında hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için detaylı düzenlemeler kabul etmiştir. Ceza muhakemesi dışında diğer muhakeme alanlarında da hakimin tarafsızlığını sağlamak için düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (md. 34 vd.), 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (md. 31), 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nda (md. 59 vd.) hakimin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümlere yer verilerek, hakimin tarafsızlığını etkileyecek sebeplerin bulunması halinde hakimin davaya bakmaması istenmiştir.

⁸ GIEGERICH, s. 4.

III. AİHS, Diğer Uluslararası Belgeler ve 1982 Anayasası'nda Hakimin Tarafsızlığı

Hakimin tarafsızlığına ilişkin güvenceler içeren uluslararası sözleşmelerden Türk hukuku açısından en önemlisi şüphesiz **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**'dir. AİHS md. 6/1'de, herkes davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde görülmesini isteme hakkına sahiptir denilerek, hakimin tarafsızlığı adil yargılanma hakkının esaslı bir unsuru olarak açıkça güvence altına alınmıştır. AİHM'ye göre tarafsızlık, bağımsızlık kavramıyla da yakından ilgili olup, davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaatin olmaması, özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh ve aleyhlerinde bir duygu veya çıkara sahip olmaması demektir. Mahkeme, tarafsızlık kavramını objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır. Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hakimin, birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığını ifade eder ve aksi sabit oluncaya kadar var sayılır. Objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış olan tedbirlerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır⁹.

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁰ ve **BM Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi**¹¹ de AİHS'de olduğu gibi, herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.

Hakimlerin tarafsızlığı ile ilgili önemli uluslararası belgelerden biri de hâkimlerin meslek ahlakı standartlarını oluşturmak amacıyla kabul edilmiş olan **BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri**'dir¹². Birleşmiş Milletler İnsan

⁹ Feyyaz GÖLCÜKLÜ/Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Ankara 2002, s. 282; Sibel İNCEOĞLU, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Ankara 2007, s. 39.

¹⁰ Md. 10: "Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır."

¹¹ Md. 14 "Adil yargılanma hakkı: 1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara başlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir."

¹² Metin için bkz. <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>

Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangalor İlkeleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 315 sayılı kararı ile benimsenerek bütün hakim ve savcılara duyurulmuştur. Bangalor İlkeleri, hakimlere yönelik etik davranış standartlarını oluşturmak amacıyla bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyâkat olmak üzere altı değer belirlemiştir. Bangalor İlkeleri'nde "Yetkili, bağımsız ve tarafsız yargının insan haklarının korunması açısından sahip olduğu önem" ve "diğer tüm hakların icra edilebilmesinin nihai olarak adaletin doğru idaresine bağlı" olduğu vurgulanarak, "bağımsız ve tarafsız bir yargının, mahkemelerin anayasa ve hukukun üstünlüğünü koruma rollerini yerine getirmeleri bakımından da elzem olduğu" belirtilmiştir¹³. Yargıtay kararlarında Bangalor İlkelerine atıfta bulunularak hakimin tarafsızlığı açısından dikkate alınması gerektiği açıkça vurgulanmaktadır^{14, 15}.

¹³ Bangalor İlkelerinin tarafsızlığa ilişkin düzenlemesi şu şekildedir. "2. Değer: **TARAFSIZLIK**

İlke: Tarafsızlık, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesine esas teşkil eder. Bu ilke sadece kararlar için değil, kararların oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.

¹⁴ Örneğin Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 29.06.2009 tarih ve 27/13450 sayılı kararı: "2- Tehdit suçundan kurulan mahkumiyete gelince; // Sanık hakkında yaralama ve 6136 sayılı Kanun'a muhalefetten açılan kamu davasının yargılaması sırasında mahkeme 12.02.2008 tarihinde Cumhuriyet Savcılığı'na yazdığı yazıda, sanık hakkında tehdit suçundan ek iddianame düzenlenerek mahkemeye gönderilmesi istenmiş olup, ek iddianame ile açılan kamu davası üzerine sanık TCK'nın 106/2-a ve 62. maddelerine muhalefetten 1 yıl 8 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir.// 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'da ek iddianame ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakta olup, bu uygulamanın aynı Kanun'un duruşmaların bir oturumda bitirilmesi amaçlayan sistemine uygun düşmediği, ek iddianame talebinin yeni CMK'daki hakimlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararı ile de benimsenen Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri nazara alındığında, hakimlerin dava konusu ve taraflarla ilgili tarafsız olması ilkesine ters düştüğü, ek iddianame talebi ile mahkeme baştan iddianamenin düzenlenmesini istemekle bir nevi suçun sübuta erdiğini belirterek baştan sanığın mahkumiyetine dair görüşünü ortaya koyar nitelikte görüş belirtmiş olduğu ve ek iddianame uygulamasının, iddianamenin kabulü ile hakim önüne gelen iddianamede gösterilen suçla ilişkin olarak fiil ve fail hakkında karar verilmesini öngören CMK'nın 225. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu, bu maddeye göre hükmün konusunun iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin yargılamaya olduğu, bununla beraber mahkeme hakimlerinin yargılama esnasında sanıkların iddianamedeki suçtan başka suç işlediklerini düşünüyorlarsa, bu konuda sadece Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunabilecekleri, iddianame düzenleyip düzenlememek savcının görevi ve takdirinde olduğundan, ek iddianame düzenlenmesi talebinin yapılamayacağı nazara alınmadan yazılı şekilde uygulama yapılması" hukuka aykırıdır.

¹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. Gökçen TOPUZ/Belkıs KONAN, "Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 66 (4) 2017, s. 787-789. AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, Karar Tarihi: 5/5/2004; AYM, Başvuru Numarası 2013/1780, Karar Tarihi: 20.03.2014, § 60.

Hakimlerin bağımsızlığı **1982 Anayasası'nın** en temel özelliklerinden biri olarak md. 138'de açık bir şekilde güvence altına alınmışken, tarafsızlığı konusunda bir düzenleme yapılmamıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi (AYM), Anayasa (AY) md. 36 fık. 1'de güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının kapsamına hakimin tarafsızlığının da girdiğini, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğunu belirtip, Anayasanın 138. 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermişti¹⁶. Doktrinde de hakimin tarafsızlığının Anayasanın başta 36. ve 138. maddeleri olmak üzere çeşitli maddelerinde yer alan ilke ve haklarla güvence altına alınmış olduğu kabul edilmekteydi¹⁷.

Referandum ile kabul edilen 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa değişiklik kanunu ile AY md. 9'da yer alan "bağımsız" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve tarafsız" ibaresi eklenerek, madde metni "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır." şeklinde değiştirilmiştir. AYM'nin belirttiği üzere anayasadaki hakim bağımsızlığı, adil yargılanma ve kanuni hakim güvencesi gibi temel kurallar hakimin tarafsızlığı ilkesini de içerdiği için tarafsızlığın AY'da yer alması zorunluluk olarak görülme de, yapılan bu düzenleme isabetli olmuştur¹⁸. Yeni düzenleme sonucu AYM, tarafsız hakim güvencesinin kapsam ve sınırlarını doğrudan md. 9 hükmüne dayanarak belirleyebilecektir.

AYM, hakimin tarafsızlığının unsurlarını AİHM içtihatlarını esas alarak incelemektedir. AYM'ye göre¹⁹; "Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir. ... Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması veya yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun

¹⁶ AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, Karar Tarihi: 5/5/2004; AYM, Başvuru Numarası 2013/1780, Karar Tarihi: 20.03.2014, § 60.

¹⁷ Bkz. ÖDEN, s. 64; Ozan ERGÜL, "Anayasa Mahkemesi ve Hakim Tarafsızlığı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 54, 2004, s. 249; Varol KARAASLAN, "Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt 4, Sayı 2, Yıl:2014, s. 98.

¹⁸ Aynı yönde bkz. Cem Duran UZUN, "6771 Sayılı Kanunla Anayasada Yargıyla İlgili Yapılan Düzenlemeler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, s. 416.

¹⁹ AYM Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1780, Karar Tarihi: 20/3/2014, § 62.

yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir. Ancak, belirli bir uyuşmazlıkta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur. Bunun yanı sıra, yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin her hangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmekte olup, bu husus tarafsızlığın nesnel boyutuna işaret etmektedir.”²⁰

IV. Bağımsızlık ile Tarafsızlık Arasındaki İlişki

Hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı farklı kavramlar olmasına rağmen aralarında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bağımsız olmayan hakimden tarafsız bir şekilde karar vermesi beklenemez²¹. Bağımsızlık, karar verme sürecinde hakim üzerinde dışarıdan etki yapılmamasıdır. Bağımsızlığın eksikliği ya da yokluğu hâkimlerin tarafsızlığını da zedeler. Çünkü hakimlere yönelik dışsal etki hakimleri tarafların lehine ya da aleyhine karar vermeye sevk eder. Diğer taraftan hakimlerin taraflı davranmaları, yargıyı dışsal etkilere açık hale getirir ve hakimler arasında bu şekilde etkileşimin artmasına ve önyargıların çoğalmasına neden olunabilir²².

Demokratik hukuk devletinin temel unsurlarından biri, hakim bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Bağımsızlık, hakimin tarafsızlığının bir koşulunu oluşturur ve vatandaşların mahkeme önündeki eşitliğine de bir güvence teşkil eder. Hakim bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvenceler aynı zamanda hakimlerin tarafsızlığını ve objektifliğini sağlamaya da hizmet eder²³.

Aralarındaki yakın ilişki nedeniyle hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı AİHS (md. 6/1), BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (md. 14) ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde (md. 10) ve Bangalor Yargı Etiği

²⁰ AYM bu kararında, AİHM'nin şu kararlarını referans almıştır: Gregory/Birleşik Krallık, B. No. 22299/93, 25/02/1997, §§ 43-49; Fey/Avusturya, Başvuru No. 14396/88, 24/2/1993, §§ 28-36; Hauschildt/Danimarka, Başvuru No. 10486/83, 24/5/1989, §§ 46-48; McGonnell/Birleşik Krallık, Başvuru No.28488/95, 08/2/2000, §§ 55-57).

²¹ Nur CENTEL, “Hakimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf (erişim tarihi: 29.10.2018)

²² GIEGERICH, s. 3.

²³ Yüksel METİN, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Anayasa Yargısı* 27 (2010), s. 2120-221.

İlkelerinde hakimlerin iki temel özelliği olarak birlikte düzenlenmiştir. AİHM de önüne gelen bazı davalarda tarafsızlık sorunu ile bağımsızlık sorununu birlikte değerlendirmiştir²⁴. Devlet Güvenlik Mahkemelerinde (DGM) bulunan askeri hakim nedeniyle AİHM'ye yapılan bireysel başvurularla ilgili olarak Mahkeme, tarafsızlık ve bağımsızlık sorunlarını birlikte değerlendirerek, başvuranları yargılayan DGM'lerin Sözleşmenin 6. maddesinin 1.fikrası uyarınca tarafsız ve bağımsız bir mahkeme olmadığı sonucuna vararak Türkiye aleyhine ihlal kararları vermiştir²⁵.

V. Ceza Muhakemesi Kanununda Hakim Tarafsızlığı

CMK'da hakim tarafsızlığını sağlamak için iki grup tedbir öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, belli hallerin varlığı halinde hakim görev yapmasının yasaklanmasıdır. Kanunda (CMK md. 22, 23) sınırlı bir şekilde sayılan bu hallerden birinin varlığı halinde hakim görev yapması kanunen yasaklanmıştır. Hakim yargılama görevinde tarafsız ve önyargısız olmasını sağlayacak ikinci tedbir ise, md. 24 uyarınca hakim tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı reddinin istenebilmesidir. Hakim görev yasaklarından birinin söz konusu olduğu hallerde hakim davaya bakmaktan çekinmesi kanuni bir zorunluluk iken, tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek hallerde çekinmesi, hakim takdirine bırakılmıştır. Muhakemeye katılanlar ise her iki durumda hakim reddini talep edebileceklerdir (md. 24).

Hem görev yasakları hem de hakim tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı reddinin amacı öncelikle, taraflı veya önyargılı hakimlerin hükme katılmasını önleyerek daha baştan yanlış kararların verilmesini engellemektir. Ancak md. 22 vd. hükümlerinin amacı sadece bununla sınırlı değildir. Bu hükümler aynı zamanda yargının taraflı olduğu intiba ve görüntüsünü de önlemek istemektedir. Gerçekten de görev yasaklarında (md. 22, 23) hakim taraflı ve önyargılı olması değil, genel olarak hakim tarafsızlığından ve önyargısızlığından şüphe etmeye sebep olabilecek nedenlerin bulunup bulunmadığı dikkate alınmaktadır. Yine aynı şekilde hakim red sebeplerinde de (md. 24) hakim tarafsızlığının şüpheye düşmüş olmasına değil, tarafsızlığından şüphe duymayı haklı gösterecek bir neden bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Sonuç olarak hakim tarafsızlığı

²⁴ İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, s.38-39.

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/Oğuz SANCAKTAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, s. 255 vd.; Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, 2002, s.176 vd.

sadece kararların doğru bir şekilde verilmesi için değil, ayrıca halkın mahkeme kararlarının tarafsızlığı ve doğruluğuna olan güvenini sağlama amacına da hizmet etmektedir²⁶.

Hakimlerin görevden yasaklanması ve tarafsızlığını şüpheye düşen bir nedenle reddi aynı amaca hizmet etmekle birlikte her iki kurum farklı şekilde düzenlenmiş ve farklı koşullara tabi tutulmuştur. Görev yasaklarında kanun koyucu daha baştan itibaren belli durumlarda hakimin tarafsız olmayacağını bir faraziye olarak kabul edip hakimin davaya bakmasını yasaklamakta ve aksini tartışma konusu yapmamaktadır. Görev yasağı olan bir hakimin de muhakemeye katılanlarca reddi talep edilmeden kendiliğinden davaya bakmaktan çekinmesi istenmektedir. Bu nedenle bir tartışma halinde mercii vereceği görev yasağının varlığına ilişkin karar, sadece açıklayıcı niteliktedir. Buna karşın tarafsızlığı şüpheye düşürecek haller kanunda sayılmamış olup, hakim veya muhakemeye katılanlar tarafından ileri sürülmesi ve ileri sürülen sebebin de hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı haklı gösterecek nitelikte olduğunun merci tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Bu yüzden merci tarafından bu konuda verilen karar kurucu niteliktedir²⁷.

Diğer taraftan görev yasaklarından birisinin bulunması halinde hakim için yasaklılık hali kanun uyarınca devreye girdiği için muhakemenin her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Buna karşın tarafsızlığı şüpheye düşürecek sebeplerin varlığı halinde ise hakimin görevden yasaklanabilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Bunun için de ya hakimin kendisinin çekinme talebinde bulunması ya da red hakkına sahip olanlardan birinin talepte bulunması gerekmektedir²⁸.

VI. Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Görev Yasakları

1. Görev yasaklarının özellikleri

CMK md. 22'de, maddede sayılan nedenlerin bulunması halinde hakimin, hakimlik görevi yapmayacağı belirtilerek görev yasakları tek tek gösterilmiştir. Yine md. 23'te sayılan hallerde de hakim, "karar veya hükme katılamaz", "görev yapamaz", "görev alamaz" denilerek görev yasaklarına yer

²⁶ Edda WESSLAU, Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO, Cilt I: §§ 1-93 StPO, 5. Basi, 2016, vor § 22 Nr. 2.

²⁷ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22 Nr. 3.

²⁸ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22 Nr. 4.

verilmiştir²⁹. Her iki maddede sayılan görev yasaklarından birin bulunması halinde kanun koyucu hakimin tarafsız kalamayacağını önceden bir faraziye olarak kabul ederek aksinin tartışma konusu yapılmamasını istememiştir³⁰.

Görev yasaklarının bir diğer özelliği bu yasakların hakim veya muhakemeye katılanlar tarafından bilinip bilinmemesinin veya muhakemeye katılanların görev yasağı olan hakimin davaya bakmasına rıza göstermesinin herhangi bir öneminin olmamasıdır³¹. Kanun gereği hakimin davaya bakmasının yasak olduğu bu durumlarda, hakimin bu hususları kendisinin dikkate alması gerekmektedir. Muhakemeye katılanlar da herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın bu hususları ileri sürebilirler³². AİHM'ye göre ise ilgili, hakim tarafsızlığından feragat edebilir. Ancak bu feragatin geçerli olabilmesi için, belli bazı asgari koşulların gerçekleşmesi gerekir. Mahkemeye göre, avukata danışmadan yapılan feragat her halükarda geçersizdir. Çünkü hukukçu olmayan bir kimse tarafsızlık gibi hukuki bir sorunu hakıyla değerlendiremez³³.

Görev yasakları kanunda (md. 22 ve 23) kural olarak sınırlı bir şekilde düzenlenmiş oğlundan, kıyasa yoluna başvurularak benzer durumların yasak kapsamına dahil edilmemesi gerekir. Hakimin bizzat şüpheli, sanık veya fail olması hali görev yasağı olarak kanunda düzenlenmesi gerekli görülmemiştir.

²⁹ 610 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hakimin görev yasaklarını md. 34'te "Yasaklılık sebepleri" başlığı altında düzenlemiştir:

"**MADDE 34-** (1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır:

- a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada.
- b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.
- c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında.
- ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında.
- d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında.
- e) Nişanlısının davasında.
- f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada."

³⁰ Erdener YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 84.

³¹ Lutz MEYER-GOSSNER, **Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen**, 56. Bası, Münih 2013, § 22, Nr. 1.

³² MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 2.

³³ Christoph GRABENWARTER, "Yargılama Güvenceleri – Adil Yargılama Hakkı (İHAS md. 6)", (Çev: Osman Can), in: Kayıhan İçel/Yener Ünver, **Adil Yargılama Hakkı v Ceza Hukuku** Ankara 2004, s. 205.

Bu istisnai durum hariç görev yasaklarında kıyas yoluna gidilmemesi gerekir. Görev yasaklarına benzer hallerde tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedene dayanarak hakimin reddi yoluna gidilebileceği için kıyas yoluna başvurmak da gerekli değildir.³⁴

Burada yeri gelmişken kısaca terim sorunu üzerinde de durmak gerekir. Md. 22'nin madde başlığı "hakimin davaya bakamayacağı haller", md. 23'ün başlığı "yargılamaya katılamayacak hakim" adını taşımakta ve her iki durumu ifade etmek için de md. 24/1'de "hakimin davaya bakamayacağı haller" ifadesi kullanılmaktadır. Doktrinde ise "görevden yasaklama halleri",³⁵ "hakimin görevden alıkonulması",³⁶ "yargılamama mecburiyeti"³⁷, "yasaklılık nedenleri",³⁸ "hakimin yasaklanması",³⁹ "hakimin görev yapmaktan yasaklandığı haller"⁴⁰ gibi farklı ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Kullanılan bu farklı ifadelerin her birisi bu kurumu ifade etmek açısından uygundur. Ancak hem md. 22'de yer alan "hakimlik görevi yapamaz", hem de md. 23'te açıkça "hakim hükme katılamaz", "hakim görev yapamaz" ve "hakim görev alamaz" ifadelerine yer verilmesinden hareketle, hakimin görev yapmasının yasaklandığı bu halleri "hakimin görev yasakları", yada sadece "görev yasakları" olarak ifade etmek daha isabetli olacaktır. Bu ifade şekli kavram birliğinin sağlanmasına da katkı sağlayacaktır. Nitekim doktrinde de birçok yazar tarafından görev yasakları teriminin tercih edildiği görülmektedir⁴¹.

³⁴ Wesslau, SK-StPO Cilt: I, § 22Nr. 1. Ancak doktrinde bazı yazarlar kıyas yasağı yanında bu yasakların dar yorumlanması gerektiğini de ileri sürmektedir: Bkz. MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22 Nr. 3. Aynı yönde Türk hukukundaki görüşler için bkz. Nur CENTEL, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı** (Centel, Hakimin Tarafsızlığı) İstanbul 1996, s. 53; Veli Özer ÖZBEK/Koray DOĞAN/Pınar BACAKSIZ/İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Ankara 2018, s.508; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 245; Kunter, 1989, s. 361.

³⁵ CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 53.

³⁶ CENTEL/ZAFER, s. 740.

³⁷ Nurullah KUNTER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, İstanbul 1989, s. 358; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 245.

³⁸ YURTCAN, 2007, s. 84.

³⁹ Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Ankara 2018, s. 165.

⁴⁰ Ahmet GÖKCEN/Murat BALCI/M. Emin ALŞAHİN/Kerem ÇAKIR, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Bası, Ankara 2017, s. 170.

⁴¹ Bkz. ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 224-225; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 508; Bahri ÖZTÜRK/Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/Özge SIRMA

2. CMK’da düzenlenmiş olan görev yasakları

a) Hakimin kendisinin suçtan zarar görmüş olması

CMK md. 22’de düzenlenmiş olan ilk görev yasağı, hakimin kendisinin suçtan zarar görmüş olmasıdır (md. 22/1-a). Gerçekten bir hakimin kendisine karşı işlenmiş bir suç ile ilgili yargılama yaparken tarafsız karar verebilmesi oldukça zordur. Bu yüzden hakimin kendisinin zarar gördüğü bir suç ile ilgili davaya bakması yasaklanmıştır. Bu yasak, “Hiç kimse kendi davasında hakim olmaz” şeklindeki temel hukuk ilkesinde ifadesini bulmaktadır.

Genel olarak suçtan zarar gören, bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Ceza muhakemesinde suçtan zarar görme kavramının ihtiyaca göre bazen dar, bazen de geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre dar anlamda zarar görme suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyi, geniş anlamda zarar görme ise suçtan dolaylı olarak zarar görmeyi ifade etmektedir. Dar anlamda suçtan zarar görme ile mağdurluk çoğunlukla örtüşmektedir⁴².

Türk doktrininde md. 22/1-a) anlamında hakimin suçtan zarar görmesinde zarar görme kavramının geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁴³. Alman hukukunda ise çoğunluk, suçtan zarar görmenin, iddianamede belirtilen fiilden doğrudan doğruya zarar görme şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir⁴⁴. Kanaatimizce, md. 22/1-a anlamında suçtan zarar görme, hakimin yargılamasını yaptığı suçtan doğrudan zarar görmüş olma şeklinde anlaşılmalı, hakimin dolaylı olarak zarar gördüğü durumlar hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek haller kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle hakimin, yargılamasını yaptığı sanığın başka bir suçundan dolayı zarar görmüş olması md. 22/1-a kapsamında değil, md. 24/1 uyarınca hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilebilir. Yine bir limited

GEZER/Yasemin F. SAYGILAR KIRIT/Esra ALAN AKCAN/Özdem ÖZAYDIN/Esfer ERDEN TÜTÜNCÜ/Derya ALTINOK VILLEMIN/Mehmet Can TOK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Ankara 2018, s. 177 (ÖZTÜRK, Editör).

⁴² ÖZTÜRK (Editör), s. 234; ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 124-125; İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara 2018, s. 217; Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Ankara 2017, s. 115; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE’ye göre (s. 508), “Dar anlamda suçtan zarar gören ile mağdur özdeşdir.”

⁴³ CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 56; ÖZTÜRK (Editör), s. 233; ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 125; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 508.

⁴⁴ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 3; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22 no. 6.

şirkete karşı işlenen dolandırıcılık suçunda yargılamayı yapan hakim şirketin hissedarı olsa bile, suçun doğrudan zarar göreni olmadığı için, görev yasağı söz konusu olmamalıdır. Çünkü bu durumda suçtan doğrudan zarar gören şirketin tüzel kişiliği olup, hakim ise dolaylı zarar görendir. Ancak bu durum hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilebilir⁴⁵.

Suçtan doğrudan zarar görmeden söz edebilmek için suç oluşturan fiilin doğrudan hakimin haklarını ihlal etmiş olması gerekir. Bu nedenle malvarlığına karşı suçlarda işlenen suç nedeniyle malvarlığında doğrudan zarar meydana gelen kişi md. 22/1-a anlamında suçtan zarar gören olarak kabul edilebilir. Bu açıdan, hırsızlık suçunda hem zilyet hem de malik suçtan zarar görendir. Dolandırıcılık suçunda ise hakimin hileli davranışlarla aldatılarak malvarlığı zarara uğratılmışsa suçtan zarar görendir⁴⁶. Duruşma sırasında sanığın hakime hakaret etmesi de görev yasağı teşkil etmez. Çünkü bu durumda hakim, yargılamasını yaptığı suçun zarar göreni değildir.⁴⁷

b) Evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunması

Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile hakim arasında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisinin bulunması da görev yasağı olarak kabul edilmiştir (md. 22/1-b). Bir hakimin, eşinin davasına bakarken tarafsız kalamayacağı gayet tabii bir durumdur⁴⁸. Evlilik, vesayet ve kayımlık ilişkisi Medeni Kanun (MK) hükümlerine göre belirlenmelidir. Burada kastedilen Türk hukukuna göre geçerli bir evlilik ilişkisinin bulunmasıdır. Bu nedenle MK hükümlerine göre geçerli bir evlilik olmaksızın birlikte yaşama hali, evlilik olarak kabul edilemeyeceği için görev yasağı değil, hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilebilir⁴⁹. Kanunda, “sonradan kalkmış olsa bile” denilerek, söz konusu hukuki bağın devam ediyor olup olmadığına önemli olmadığı belirtilmiştir. Nişanlılık ise görev yasağı olarak

⁴⁵ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 4; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 7.

⁴⁶ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 4; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 7: .

⁴⁷ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 8: Bu durumun görev yasağı olarak kabul edilmesi sanığa, işine gelmeyen bir hakime hakaret ederek onu saf dışı etmenin yolunu açacaktır.

⁴⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 245.

⁴⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 509. Evliliğin butlan nedeniyle iptali halinde de evlilik sona ermiş olmakla birlikte, görev yasağı devam eder (CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 59). Alman CMK § 22/1-2 ile kayıtlı eşcinsel hayat birlikteliği (Lebenspartner) de görev yasağı kapsamına alınmıştır

kabul edilmemiştir⁵⁰. Ancak bu durum hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak ileri sürülebilir.

Md. 22/1-a'da hakimin suçtan zarar görmesinden bahsedilmişken, md. 22/1-b-f bentlerinde de ise hakim ile suç mağduru arasındaki yakın ilişki görev yasağı olarak kabul edilmektedir. Md. 22/1-b-f'de "suçtan zarar gören" yerine "mağdur" kavramının kullanılması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi, yoksa bir özensizlikten mi kaynaklandığı sorusunu gündeme getirmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, Türk hukukunda dar anlamda suçtan zarar görme olarak da ifade edilen suçtan doğrudan doğruya zarar görme, çoğunlukla mağdur kavramı ile örtüşmektedir. Bu nedenle md. 22/1-a'daki suçtan zarar görme ile md. 22/1-b-f'deki mağdur kavramlarının birbirleri ile örtüştüğünü, kanun koyucunun evlilik ve hısımlık ilişkisinden doğan görev yasağının kapsamını sınırlamak için mağdur kavramını tercih ettiğini söylemek mümkündür. Nitekim aynı düzenlemenin yer aldığı kaynak Alman CMK § 22/1 bent 1'de hakimin suçtan zarar gören olmasından bahsedilirken, § 22/2, bent 2-3'teki eş ve yakın hısımlık ilişkisinde de yine zarar gören (Verletztter) kavramının kullanıldığı görülmektedir⁵¹.

c) Yakın hısımlık veya evlatlık bağı

Md. 22'de yakın hısımlık ve evlatlık ilişkisi de görev yasağı olarak kabul edilmiştir. Bu görev yasağı için hakimin yakın hısımlığının işlenmiş olan suç nedeniyle mağdur sıfatını taşıması ya da şüpheli veya sanık olması gerekmektedir. Maddede sayılan hısımlık ilişkisinin varlığı MK hükümlerine göre belirlenmelidir. Kan veya kayın hısımlığı, ölüm veya boşanma gibi sebeplerle sona ermeyeceği için, evliliğin sona ermesine rağmen hısımlıktan doğan görev yasağı devam edecektir.

Md. 22/1'e göre görev yasağı oluşturan hısımlık halleri şunlardır:

1) Hakim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında altsoy üstsoy kan veya kayın hısımlığı olması (md. 22/1-c). Burada hısımlığın derecesi önemli değildir.

2) Hakim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında üçüncü derece dahil yansoy kan hısımlığı bulunması (md. 22/1-e).

⁵⁰ 6100 sayılı HMK md. 34/1-e'de ise, hakim nişanlısının davasına bakamaz denilerek, nişanlılık açıkça görev yasağı olarak kabul edilmiştir.

⁵¹ Söz konusu düzenleme kaynak Alman CMK'dan CMUK md. 21 fık. 1, bent 2 ve 3'e alınırken, madde gerekçesinde zarar görme yerine niçin mağdur teriminin kullanıldığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Aynı hüküm CMUK'tan CMK md. 22'ye aynen alınmış ve yine gerekçede ifade farkı için herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

3) Evlilik sona ermiş olsa bile, hakim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında ikinci derece dahil yansoy kayın hısımlığı bulunması (md. 22/1-f)⁵².

Hakim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında evlat edinme bağının bulunması da görev yasağı olarak kabul edilmiştir (md. 22/1-d)⁵³. Buradaki görev yasağı sadece evlat edinen ile evlatlık arasında olup, hakim ile evlat edindiği kişinin hısımları arasında görev yasağı söz konusu değildir. Çünkü Medeni Kanuna göre (md. 305 vd.) evlat edinme ile sadece evlat edinen ile evlatlık arasında bir hısımlık doğar. Ancak hakim ile evlat edindiği kişinin eşi veya yakın hısımlarının şüpheli, sanık veya mağdur olması md. 24 uyarınca hakimin reddi nedeni oluşturabilir.

Görev yasağı teşkil eden yakın hısımlık kanunda sınırlı bir şekilde sayılmış olduğu için bunun dışındaki hısımlıklar md. 22/1 kapsamında görev yasağı teşkil etmez. Bu nedenle, davaya bakan hakim ile duruşmaya katılan savcı arasındaki karı – koca ilişkisi veya hısımlık bağı md. 22/1-c kapsamında görev yasağı teşkil etmeyip, aşağıda açıklanacağı üzere, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu md. 46/1 kapsamında ayrı bir görev yasağı oluşturacaktır. Yine hakim ile müdafî veya vekil olarak görev yapan avukat arasındaki hısımlık da hakim açısından görev yasağı olmayıp, Avukatlık Kanunu md. 13 kapsamında avukat açısından görev yasağı teşkili edecektir⁵⁴.

d) Hakimin aynı davada, Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmış olması (md. 22/1-g)

Kanunda “aynı davada”dan bahsedilmekle birlikte, bu ifadeyi kovuşturma evresiyle sınırlı olarak değil, kaynak Alman CMK’da olduğu

⁵² Kayın hısımlığının varlığı MK hükümlerine göre belirlenecektir. MK md. 18’e göre, evlenme ile birlikte eşlerden biri, diğer eşin kan hısımları ile aynı tür ve dereceden kayın hısımlı olur ve meydana gelen kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz. Bu nedenle CMK md. 22/1-f’deki “evlilik sona ermiş olsa bile” hükmü gereksizdir. CMK md. 22/1-b’de evliliğin sonradan kalkmasından bahsedilmekle birlikte, buradaki anlamı farklı olup, hakimin eski eşinin davasına bakması yasaklanmaktadır.

⁵³ Md. 22/1-d’de “evlât edinme bağlantısı” bulunmasından bahsedilmekle birlikte MK’da (md. 317-319) evlat edinme ile meydana gelen hukuku ilişki “evlatlık ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır. Görev yasağı bakımından hakimin evlat edinen veya evlat edinilen olması arasında bir fark yoktur.

⁵⁴ Md. 13: “Bir hâkim veya Cumhuriyet Savcısının eşi, sebep veya nesep itibarıyla usul ve fiirundan veya ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlarından olan avukat, o hâkim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez.”

gibi⁵⁵, bir suçla ilgili soruşturmanın başlamasından kovuşturma evresinin sonuna kadar aynı konuyla ilgili muhakeme sürecindeki işlemlere katılmak şeklinde anlamak gerekir⁵⁶. Nitekim madde metninde “şüpheli müdafiliği” yapmış olmaktan söz edilmesi de görev yasağının soruşturma evresini kapsadığını göstermektedir.⁵⁷

Bu görev yasağında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, önceki faaliyetin hakimlik sıfatı ile icra edilmemiş olmasıdır. Çünkü önceki faaliyetin hakimlik sıfatı ile icra edilmesi sadece md. 23’te sınırlı olarak sayılan hallerde görev yasağı oluşturmaktadır.

Soruşturma veya kovuşturma evrelerinin herhangi bir aşamasında muhakeme işlemi **savcı** olarak yapan veya savcı olarak işleme katılan kişinin, aynı işle ilgili daha sonra verilecek bir karar veya hükme hakim olarak katılması tarafsızlığını zedeleyecektir⁵⁸. Hakim önceki muhakeme işlemi savcı olarak bizzat yapması veya emri altındakilerin yapmış olduğu işlemi amir olarak imzalamış olması arasında bir fark yoktur⁵⁹. Bu açıdan Yargıtay yerinde olarak, il Cumhuriyet başsavcısı veya ağır ceza Cumhuriyet başsavcısı olarak soruşturma evresinde diğer savcılar tarafından hazırlanan iddianamelere “olur” vererek kamu davasının açılmasını sağlayan savcının, bu dava sonucunda verilen hükmün temyiz edilmesi üzerine Yargıtay üyesi olarak temyiz incelemesine katılamayacağına karar vermiştir⁶⁰. Çünkü 2802 sayılı Kanun md. 5/1’de “... ağır ceza Cumhuriyet başsavcılarının), merkezdeki Cumhuriyet savcılar ile bağlı ilçe Cumhuriyet başsavcılar ve Cumhuriyet savcılar üzerinde, gözetim ve denetim hakkına sahip” olduğu, yine 5235 sayılı Kanun md. 18’de Cumhuriyet başsavcılarının yargı çevresi içindeki savcılar üzerinde denetim ve gözetim yetkisi olduğu belirtilerek, başsavcılara denetim ve gözetimi altındaki savcılarının soruşturma işlemleri üzerinde de denetim ve gözetim yetkisi verilmiştir. AİHM de Piersack/Belçika kararında, bir davada şahsen iddia makamını işgal etmemekle birlikte soruşturmayı yürüten savcılık

⁵⁵ “in der selben Sache” = aynı konuda/işte.

⁵⁶ Aynı görüşte, CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 64.

⁵⁷ Md. 23/2’de yerinde olarak, “Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.” denilerek, dava yerine “iş” ifadesi kullanılmıştır.

⁵⁸ Bu madde anlamında savcılık yapmış olmanın kapsamı hakkında bkz. CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 65 vd.

⁵⁹ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 18.

⁶⁰ CGK 03.03.2009, 3-21/46 (Osman YAŞAR/Cengiz OTACI, **Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Cilt I, 6. Bası, Ankara 2015, s. 427-429.

grubu başkanı olan kişinin sonradan aynı davada duruşma hakimi olarak görev yapmasını hakimın tarafsızlığına aykırı bulmuştur⁶¹.

Yargıtayın istikrar kazanan kararlarına göre, Yargıtay Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı sırada tebliğname düzenleyerek görüş bildiren kişinin, daha sonra aynı hükmün temyiz incelemesi sırasında müzakerelere katılıp oy kullanması md. 22/1-g hükmüne aykırıdır⁶².

Kanunda önceki işleme **Cumhuriyet savcısı sıfatı** ile katılma arandığı, için bir suçun soruşturulması kapsamında “müfettiş”, “ön inceleme yapan kişi”,⁶³ “soruşturmacı”⁶⁴ veya “son soruşturma kurulu üyeliği”⁶⁵ gibi sıfatlarla bir suçun soruşturmasına katılmış olmak, md. 22/1-g kapsamında görev yasağı teşkil etmez; ancak md. 24 uyarınca hakimın tarafsızlığını şüpheye düşüren bir sebep olarak değerlendirilip hakimın reddi istenebilir.

Görev yasağı olarak adli kolluk görevi yapmış olmak açısından önemli olan, işlemin adli kolluk görevlisi tarafından değil, “**adli kolluk görevi**” olarak icra edilmesidir. Bu açıdan aynı konuyla bağlantılı olsa bile trafik veya pasaport işleriyle ilgili işlemleri yapan kişi açısından md. 22/1-g kapsamında görev yasağı söz konusu olmamalıdır⁶⁶.

Şüpheli veya sanık müdafiliğinin seçilmiş veya zorunlu müdafilik olması, görev yasağı açısından önem taşımaz. Kanunda, şüpheli veya sanık “müdafiliği” yapılmasından bahsettiği için, bir hakimın bakmakta olduğu bir dava ile ilgili daha önceden bir kimseyi dostluk icabı olarak hukuki açıdan bilgilendirmiş olması, görev yasağı teşkil etmez; ancak md. 24/1 kapsamında hakimın tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden oluşturabilir⁶⁷.

Kanunda “**mağdur vekilliği**” yapmış olmanın görev yasağı olduğu belirtilmişse de, buradaki mağdur vekilliğini, mağdur dışındaki suçtan doğrudan zarar gören diğer kişilerin vekilliğini de kapsayacak şekilde anlamak gerekir. Çünkü CMK md. 2/1-f’de vekil, “katılan, suçtan zarar gören

⁶¹ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s. 283.

⁶² Bkz. CGK 05.11.2013, 7-122/442; CGK 27.09.2011, 13-250/190; CGK 28.04.2009, 1-83/105 (kararlar için bkz. YAŞAR/OTACI, s. 423-427).

⁶³ 4482 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun md. 5.

⁶⁴ 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanun md. 53/c-1

⁶⁵ 2547 sayılı Kanun md. 53/c-2.

⁶⁶ Krş. WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 15

⁶⁷ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 16.

veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat” olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle örneğin suçtan zarar gören bir tüzel kişinin vekili olarak avukatlık yapmak da bu açıdan görev yasağı kapsamında görülmelidir.

e) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenilmiş olmak

Hakimin, aynı dava ile ilgili önceden tanıklık veya bilirkişilik yapmış olması da md. 22/1-h uyarınca görev yasağı olarak kabul edilmiştir. Bu hükümdeki “dava” ifadesini, md. 22/1-g ile ilgili olarak yukarıda açıklandığı üzere, soruşturma ve kovuşturma evresinin tümünü kapsayacak şekilde anlamak gerekir.

Kanunda açıkça ifade edildiği üzere burada hakimin **tanık sıfatıyla dinlenmiş** olması gerekmektedir. Bu nedenle, fiilen tanık olarak açıklamada bulunmadığı sürece sadece tanık olarak çağrılmış olmak veya görevi icabı sadece yazılı bildirimde bulunmuş olmak görev yasağı oluşturmaz⁶⁸. Soruşturma evresinde tanık sıfatıyla ifade veren hakimin bu olayla ilgili açılan davanın yargılamasına hakim olarak katılması görev yasağı teşkil edecektir⁶⁹. Ancak bakmakta olduğu davanın konusuyla ilgili olmak şartıyla hakimin başka bir davada tanıklık yapması da görev yasağı kapsamında kabul edilmektedir⁷⁰.

Her ne kadar md. 22/1-g) de “**bilirkişi sıfatıyla dinlenmiş**” olmak görev yasağı olarak kabul edilmişse de, CMK’da bilirkişinin duruşmada dinlenmesi mahkemenin takdirine bırakılmış olup,⁷¹ uygulamada çoğunlukla bilirkişi raporunun duruşmada okunmasıyla yetinilmektedir. Hükmün konuluş amacı dikkate alınarak hakimin tarafsızlığını sağlamak için maddedeki “dinlenilmiş” olmayı, ceza soruşturma veya kovuşturma makamlarının görevlendirmesi üzerine bilirkişi olarak yazılı veya sözlü görüş açıklamak şeklinde anlamak gerekir⁷².

Diğer taraftan müdafî veya katılanın talebi üzerine uzman görüşü hazırlamış olmak görev yasağı oluşturmaz; ancak tarafsızlığı şüpheye düşüren bir sebep teşkil edebilir. Dava konusu olayla ilgili tercümanlık yapmış olmak

⁶⁸ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 18; CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 70.

⁶⁹ CGK, 25.5.1987 - MD 4/144-314; 18. CD, 11.01.2017, E. 2015/19505, K. 2017/345.

⁷⁰ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 17.

⁷¹ CMK md. 68/1: “Mahkeme, her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği gibi, ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağrabilir.”

⁷² Aynı görüşte, CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 72.

da hakim açısından görev yasağı teşkil etmez⁷³.

f) Aynı işte daha önceden hakim olarak görev yapmış olmak

Bir hakim, hakkında karar vereceği bir dava ile ilgili olarak muhakemenin çeşitli aşamalarında daha önceden karar vermiş veya karara katılmış olabilir. Örneğin, bir suçun soruşturulması sırasında tutuklama, arama veya iletişimin denetlenmesi gibi kararlar veren bir hakimin, aynı suçla ilgili kamu davası açılması halinde görevli mahkemede hakim olarak yargılamaya katılması sözkonusu olabilir. Bir hakimin, görevsizlik kararı verdiği veya itiraz merci olarak baktığı bir işin daha sonra yargılamasını yapacak mahkemede görev alması söz konusu olabilir. Yine bir hakimin, hakkında hüküm verdiği bir davanın kanun yolu aşamasında incelemeyi yapacak mercie hakim olarak katılması gerekebilir. Ancak bu durumlar hakimin tarafsızlığına olumsuz yönde etki yapacaktır⁷⁴.

Kanun koyucu bir hakimin daha önce vermiş ya da katılmış olduğu bir kararın etkisinde kalabileceğini düşünerek aynı işte daha sonra karar vermesini önlemek amacıyla CMK md. 23'te üç ayrı görev yasağı kabul edilmiştir. Ancak md. 22/1-g'den farklı olarak md. 23'te, önceki muhakeme faaliyetine hakimlik sıfatı ile katılmış olmak aranmaktadır.

Md. 23'te kabul edilmiş olan görev yasakları, bir karar veya hükümle ilgili olarak alt dereceli mahkemede görev yapmış olmak, aynı işin soruşturmasında CMK md. 163 kapsamında sulh ceza hakimi olarak görev yapmış olmak ve hakkında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş bir karara katılmış olmaktır. Görev yasağı teşkil edebilecek daha önceki hakimlik faaliyetleri bu üç hususla sınırlı olup, bunun dışındaki işlem ve kararlara katılmış olmak görev yasağı teşkil etmeyecektir. Bu nedenle, aynı işte daha önceden tutuklamaya veya tutuklamanın devamına ilişkin karar vermek gibi faaliyetler görev yasağı kapsamında değildir⁷⁵.

aa) Aynı işle ilgili olarak alt dereceli mahkemede görev yapmış olmak

CMK md. 23/1'e göre, "bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz." Bu hüküm ile esas itibariyle, itiraz, istinaf veya temyiz kanun

⁷³ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 22; CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 72.

⁷⁴ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 23, Nr. 1.

⁷⁵ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 23, Nr. 2

yollarından birisine başvurulmuş olan bir hükme daha önceden katılmış olan bir hakimin, bu hüküm veya kararla ilgili yüksek görevli mahkemedeki yargılamaya katılması yasaklanmaktadır⁷⁶. Çünkü önceki kararıyla görüşünü ortaya koymuş olan hakimin aynı hükmün kanun yolu incelemesinde tarafsızlığı söz konusu olmayacak ve kanun yolu incelemesi hak arayan açısından da bir güvence oluşturmayacaktır. Bu açıdan ilk derece mahkemesi hakimi olarak görev yaptığı dönemde, mahkumiyet veren hakimin, aynı işin bölge adliye mahkemesi ceza dairesinde istinaf yoluyla incelenmesinde görev yapması veya Yargıtay üyesi seçilmesi halinde aynı işin temyiz incelemesine katılmasının, CMK md. 23/1 yanında AİHS md. 6/1’de güvence altına alınan tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır⁷⁷. Aynı şekilde bir hükmün bölge adliye mahkemesindeki istinaf incelemesine katılan bir hakimin, aynı hükmün Yargıtay ceza dairesindeki temyiz incelemesine katılması da görev yasağı oluşturacaktır. Yine asliye ceza mahkemesinin verdiği görevsizlik kararına itiraz edilmesi üzerine (CMK md. 5/2) bu itirazı inceleyecek mercideki karara (md. 268/3), görevsizlik kararını veren hakimin katılması da görev yasağı oluşturacaktır.

Ancak CMK md. 23/1’deki düzenleme, CMUK md. 22’ye göre görev yasağının kapsamını genişletmiştir. Çünkü Alman CMK § 23/1’den alınan CMUK md. 22/1’de “Aleyhinde kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hâkim mafevk mahkemesince bu hükme dair verilecek karara iştirak edemez” denilerek, sadece aleyhinde kanun yoluna başvurulmuş olan bir hükme katılan hakimin, aynı hükmün kanun yolunda incelenmesine katılması yasaklanmıştı. Ancak Alman CMK’da karara katılmaktan söz edilmişken, bu husus CMUK’a hükme katılmak olarak çevrilmişti. CMK md. 23/1’de ise, “hüküm” kelimesinin yanına “karar” kelimesi de eklenerek, alt görevli mahkemede “hükme katılmak” yanında “karara katılmak” da görev yasağı olarak kabul edilerek yasağın kapsamı genişletilmiştir⁷⁸. Diğer taraftan önceki düzenlemeden farklı olarak CMK md. 23/1’de alt görevli mahkeme kararının yüksek görevli mahkemeye kanun

⁷⁶ CMK md. 23 gerekçesi.

⁷⁷ **Bkz. 9. CD, . 27.4.2017, E. 2017/1112, K. 2017/1062.**

⁷⁸ Düzeleme ile ilgili CMK Md. 23 gerekçesinde: “1412 sayılı Kanunun 22 inci maddesinde “hüküm”den söz edilmektedir. Bu maddeye ilişkin gerekçede bu sözcüğün hem hükmü, hem de kararı tanımlayan geniş anlamda kullanıldığı belirtilmiş olmakla birlikte, uygulamada tereddüt ve yanlışlığa ortam bırakmamak için maddede “karar veya hüküm” denilerek her iki sözcüğe de yer verilmiştir” denilmektedir.

yoluna başvurulması sonucunda gelmiş olması gerekli olmayıp, herhangi bir şekilde, örneğin, alt dereceli mahkemece görevsizlik kararı verilmesinde olduğu gibi, gelmiş olması da görev yasağı oluşturmaya açısından yeterlidir.

CMUK md. 22/1'deki "hükme iştirak eyleyen hakim" kavramının nasıl anlaşılması gerektiği uygulama ve doktrinde ciddi tartışmalara neden olmuş ve bu konuda bir içtihadı birleştirme kararı da verilmişti⁷⁹. Yargıtay CMUK dönemindeki içtihatlarını CMK md. 23/1 ile ilgili olarak da esas itibarıyla devam ettirmekle birlikte de yeni düzenlemenin öncekinden bazı farklılıklar içermesi nedeniyle konunun CMK açısından yeniden ele alınması gerekmektedir.

Yargıtayın istikrar kazandığını söyleyebileceğimiz içtihatlarına göre, CMK md. 23/1 anlamında karar veya hükme katılma, bir hakimin, "önceki yargılama sırasında, kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikteki kararlara katılması"dır. Yargıtaya göre, böyle bir ayırım yapılmadan "önceki yargılama sırasındaki her türlü karara katılan hakimlerin, yüksek görevli mahkemede görev yapamayacağını" söylemek bu hükmün amacıyla bağdaşmaz⁸⁰. Ancak burada sorun hangi kararların, sanığın suçluluğu konusunda hakimde düşünce oluşturduğunun belirlenmesidir. Bu konuda dikkati çeken ve Yargıtay kararlarına konu olan olaylardan bazıları şunlardır:

Yargıtaya göre, "Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı olarak görev yaptığı sırada, 'sanıkların tutukluluk hallerinin devamına' ilişkin karara yapılan itirazı inceleyerek; 'sanıklara atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu ve hükmün gerekçesine göre, tutukluluk halinin devamına' şeklinde görüş açıklayan Hakimin Yargıtay Üyesi seçilmesinin ardından, hükmün temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay 1. Ceza Dairesi heyetinde de yer alarak, Özel Dairenin onama kararına katılması CMK'nun 23/1. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi, Anayasanın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde düzenlenen adil

⁷⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, 05.12.1977, E. 1977/2, K. 1977/3. Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 72 vd.; Ayhan ÖNDER, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 22 inci Maddesine Göre Hakimin Davaya Bakamayacağı Haller", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası X, 2-4 (1967) s. 519 vd.

⁸⁰ CGK, 21.21.2010, E. 2010/11-246, K. 2010/226; CGK 04.02.2014, E. 2013/1-538, K. 2014/29. Ayrıca CGK'nın 04.02.2014 tarihli kararında zikrettiği 03.03.2009 tarih ve 21-46 ve 27.09.2011 tarih ve 250-190 sayılı kararları da aynı yöndedir.

yargılanma hakkının da ihlali niteliğindedir”⁸¹.

CMUK md. 22/1 ile ilgili olarak Yargıtay 05.02.1977 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında⁸², duruşma sırasında suçun vasfının değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı veren hakimin oy ve kanaatini belli etmiş olduğu gerekçesi ile hakim açısından görev yasağı bulunduğu karar vermiştir⁸³. CMK md. 23 gerekçesinde de, “toplanan delilleri tartışıp suçun nitelendirmesini yapmak suretiyle görevsizlik kararı veren hakim de yargılamayı yapacak yüksek görevli mahkemede görev alamaz” denilerek, Yargıtayın içtihadı birleştirme kararındaki görüşü doğrultusunda, görev yasağı söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Yargıtay yeni kararlarında da, görevsizlik kararı vermenin md. 23/1 uyarınca görev yasağı oluşturması için “davada esaslı işlemleri yaparak suçun niteliğini belirtmek suretiyle uygulanacak yasa maddelerini gösterip görevsizlik kararı” verilmiş olmasını aramaktadır.⁸⁴

Yargıtaya göre şu hallerde görev yasağı söz konusu olmaz:

Yargıtaya göre, “ilk derece yargılama sırasında, sadece mahkemeye yapılan ve sanık, müşteki ve tanıkların mahkemeye çağırılması ile sanığın doğum ve sabıka kaydının istenmesine ilişkin olan tensip zaptının düzenlenmesine katıldığı anlaşılan hakimin, aynı dava hakkında verilen hükme yönelik olarak yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulması üzerine Yargıtay Özel Dairesi’nce gerçekleştirilen incelemeye ve inceleme sonunda verilmiş bulunan kararlara katılmış bulunması; ‘tensip kararının’, ‘hakimin, sanığın suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşturduğunu gösteren kararlardan’ olmaması nedeniyle, 5271 sayılı CYY’nin 23. maddesine aykırılık oluşturmaz”⁸⁵.

Yine ilk derece mahkemesince verilen görevsizlik kararına yapılan itirazı inceleyen mahkeme üyeleri açısından da Yargıtaya göre görev yasağı bulunmamaktadır. Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay CGK 07.06.2011

⁸¹ CGK 04.02.2014, E. 2013/1-538, K. 2014/29.

⁸² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 05.12.1977/2, K. 1977/3, T. 5.12.1977.

⁸³ CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 77.

⁸⁴ 6. CD, 28.09.2006, 2278/8879: “Sulh ceza mahkemesinde kanıtları toplayıp esaslı işlemler yaparak suçunun niteliğini ve uygulanacak yasa maddesini gösterip görevsizlik kararı veren hakimin, aynı davanın üst mahkemesi olan Asliye Ceza Mahkemesi hakimi olarak duruşma yapıp hüküm kurması suretiyle 1412 sayılı CMUK’nun 22 (5271 sayılı CMK.nun 23) maddesine aykırı davranılması”.

⁸⁵ CGK, 21.12.2010, E. 2010/11-246, K. 2010/266.

tarihli kararında,⁸⁶ asliye ceza mahkemesince verilen görevsizlik kararına karşı sanık müdafii tarafından yapılan itirazı inceleyip reddeden ağır ceza mahkemesi heyetinde yer alan başkan ve üyelerin, görevsizlik kararı ile gelen aynı dosyanın yargılamasına katılmalarında md. 23/1'e aykırılık görmemiştir. Çünkü Yargıtaya göre, bu olayda ağır ceza mahkemesince “görevsizlik kararına karşı yapılan itiraz incelenirken, suçun sübutu ve nitelendirilmesi konusunda görüş açıklamasından kaçınılarak özenli bir dil kullanılmış, mercii olarak görevsizlik kararına yapılan itiraz değerlendirilmiş ve eylemin kasten yaralama ya da öldürmeye kalkışma suçlarından hangisini oluşturacağı konusunun ağır ceza mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek görev konusundaki duraksama giderilmiştir.” Yargıtaya göre, ağır ceza mahkemesince verilen “kararda, sanığın suçu işleyip işlemediği ile suçun nitelendirilmesi konusunda dosyanın esas olarak incelenmesi sonucunda oluşan bir görüş açıklaması bulunmadığından, önceden belirlenmiş bir kanaate ulaşıldığı kabul edilmemelidir”⁸⁷.

Kanaatimizce alt dereceli ceza mahkemesi hakimi olarak görevsizlik kararı veren hakimin görevsizlik kararı verirken yaptığı niteleme ile bu görevsizlik kararına yapılan itirazı inceleyip karar veren merci mahkemesi hakiminin görev konusu açısından hangi suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin hukuki nitelemesi benzerlik göstermektedir. Somut olayda mahkeme kararındaki kullanılan ifadeler önemli olmakla birlikte görevsizlik kararı veren hakim açısından görev yasağı söz konusu olacaksa, itiraz üzerine inceleme yapan hakim açısından da görev yasağı söz konusu olabilecektir. Çünkü her iki durumda karar verilirken iddianame ile sanığa yüklenen fiilin hangi suçu oluşturabileceği konusunda hukuki bir nitelendirme yapılması gerekmektedir. Mahkeme kararları gerekçeli olması gerektiği için bu nitelendirmenin yapılması da gereklidir. Yargıtayın kararları bu açıdan bir çelişkiyi içermektedir.

Md. 23/1'deki görev yasağının kapsamının oldukça geniş tutulmasının hakimlerin tarafsızlığını koruma açısından yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak bunun görev yasağı kapsamında değerlendirilerek değil, somut olayda hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı haklı kılacak bir durum söz konusu

⁸⁶ CGK 07.06.2011, E.2011/1-75, K. 2011-114; aynı yönde CGK 21.12.2010, E. 2010/11-246, K. 2010-266.

⁸⁷ Yargıtay CGK kararında, “Yerel mahkemece asliye ceza mahkemesinin görevsizlik kararında belirtilen hususlara göre değerlendirme yapılması ve kararların gerekçeli yazılmasının zorunlu olması da dikkate alınarak tarafsızlığa gölge düşürülmeden yapılan itiraz değerlendirilmesinin yerinde olduğu kanaatine varmıştır.

ise md. 24 uyarınca hakimin reddi ileri sürülerek sağlanması daha isabetli olacaktır. Çünkü somut olayda görevsizlik kararına veya görevsizlik kararına itiraz üzerine merci tarafından verilen kararın içeriğine bakılarak hakimde sanığın suçluluğu konusunda bir kanaat veya önyargının oluşup oluşmadığının belirlenmesi yoluna gidilmesi hakim bağımsızlığını koruma açısından daha etkin bir yol olacaktır. Bu durum AİHM içtihatlarına da uygun düşecektir.

Kanaatimizce, CMK md. 23/1'in açık düzenlemesi karşısında alt dereceli mahkemede bir karara katılan hakimin aynı işin üst dereceli mahkemede görülmesine katılması md. 23/1'in açık düzenlemesine aykırıdır. Md. 23/1 metninde alt dereceli mahkemede yargılama sırasında hakimde, kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşması koşulu aranmamaktadır. Yukarıda görev yasaklarının özellikleri açıklanırken belirtildiği üzere, kanun koyucu, görev yasaklarında hakimin yaptığı görev nedeniyle tarafsız olamayacağını kabul etmekte, somut olayda hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı haklı kılan bir durumun bulunup bulunmadığının incelenmesini istememektedir. Yargıtay ise somut olayda bu incelemeyi yaparak sonuca gitmektedir. Bu şekilde bir inceleme md. 23/1 açısından değil, ancak md. 24/1 kapsamındaki hallerde yapılması gerekir. Bu nedenle hem toplanan delilleri tartışıp suçun nitelendirmesini yapmak suretiyle görevsizlik kararı veren asliye ceza mahkemesi hakiminin yargılamayı yapacak yüksek görevli mahkemede görev yapması hem de asliye ceza mahkemesince verilen görevsizlik kararına karşı sanık müdafinin yaptığı itirazı inceleyip reddeden ağır ceza mahkemesi heyetinde yer alan başkan ve üyelerin, görevsizlik kararı ile gelen dosyanın yargılamasına katılması CMK md. 23/1 kapsamında görev yasağı açısından değil, md. 24/1 kapsamında hakimin tarafsızlığından şüpheye düşürecek nedenler açısından incelenmesi yerinde olacaktır. Nitekim Yargıtay 8. CD 08.02.2016 tarihli kararında, görevsizlik kararında mahkemenin suçun hukuki nitelemesini yaparak görüşünü açıklamış olmasını hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak nitelendirmişti⁸⁸. Ancak md. 23/1'in

⁸⁸ 8. CD, 08.02.2016, E. 2014/33889, K. 2016/1153: "5271 Sayılı CMK.nun 24/1. madde ve fıkrasında; Hakimin davaya bakamayacağı hallerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir. hükmü uyarınca, Bakırköy 15. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 19.01.2012 gün 2011/370 esas, 2012/13 karar sayılı görevsizlik kararında "her ne kadar sanıklar hakkında TCK.nun 94/1, 109/2-3, 125/1 maddeleri gereğince cezalandırılmaları için mahkememize kamu davası açılmış ise de, olayda TCK.nun 94. maddesinin unsurları yönüyle oluşmadığı nedeni ile CMK.nun 3, 4, 5. maddeleri gereğince mahkememizin görevsizliği ile sanıkların TCK.nun 109/2, 109/3-d, 125/1. maddeleri gereğince yargılanmak üzere dosyanın görevli Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine," denilmek suretiyle mahkemenin görevsizlik kararında kesin olarak işken- ce suçunun unsurlarının oluşmadığı belirtilerek hukuki düşüncesini açıklamak suretiyle ta-

açık hükmü ve madde gerekçesi karşısında görevsizlik kararı verilmesine ve bu karara yapılan itirazın incelenmesine katılmayı md. 24/1 kapsamında değerlendirmenin hükmün ifade tarzı açısından zor görüldüğünü de belirtmek gerekir. Uygulamada mahkemeler arasında gereksiz yere uyuşmazlık çıkmasını önlemek açısından kaynak Alman Kanununda olduğu gibi, sadece aleyhinde itiraz, istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş bir hükme önceden katılmış olan hakimin, aynı hükmün kanun yolunda incelenmesine katılmasını yasaklayacak bir düzenleme yerinde olacaktır.

bb) Hakimin aynı işin soruşturma evresinde CMK md. 163 kapsamında sulh ceza hakimi olarak görev yapmış olması

CMUK'ta yer almayan bu görev yasağına göre, aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış olan bir hakim, artık kovuşturma evresinde görev yapamayacaktır (md. 23/2). Bu düzenlemenin kabul edilmesinin nedeni, hakimin yapmış olduğu önceki işlemlerinin etkisinde kalmasını önlemektir. Ancak bu hükmün uygulama alanı, CMK Yürürlük Kanunu ile oldukça daraltılmıştır. Yürürlük Kanunu md. 11'e göre, "Ceza Muhakemesi Kanununun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz." CMK md. 163'te, soruşturmanın sulh ceza hakimi tarafından yapılması düzenlenmektedir. Bu hükme göre, suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Bu durumda sulh ceza hakimi bir çeşit zorunlu savcılık yapmaktadır⁸⁹. Buna göre, CMK md. 163 kapsamına giren bir soruşturma işlemi yapan sulh ceza hakimi, aynı işin kovuşturma aşamasında hakim olarak görev yapamayacaktır. Bu düzenleme sonucu, Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturma işlemleri sırasında tutuklama, arama, el koyma, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirme gibi kararları veren sulh ceza hakiminin, aynı işin kovuşturma evresine hakim olarak katılması görev yasağı teşkil etmemektedir.

Alman hukukunda da soruşturma evresinde hakim tarafından verilmesi gereken kararları veren bir hakimin aynı işin kovuşturma evresinde yargılamaya katılmasının görev yasağı teşkil etmeyeceği, bu nedenle soruşturma evresinde tutuklama kararı veren sorgu hakiminin (Ermittlungsrichter) aynı işin

rafsızlığını şüpheye düşürdüğü anlaşılacakla, mahkeme heyetinin davadan çekinme kararı vermesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde esasa dair hükümler kurulması" kanuna aykırıdır.

⁸⁹ Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, s. 130.

yargılanmasına katılabileceği kabul edilmektedir⁹⁰.

Soruşturma evresinde tutuklama kararı veren sulh ceza hakiminin aynı işin yargılanmasında hakim olarak görev yapmasının CMK md. 23/2 kapsamında görev yasağı teşkil etmediği açık olmakla birlikte bu durumun CMK md. 24/1 açısından tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerinde tartışma bulunmaktadır.

AİHM'ye göre soruşturma aşamasında tutuklamaya veya tutukluğunun devamına karar veren hakimin aynı işin yargılanmasına katılması tek başına hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektirmez. Ancak Mahkemeye göre tutukluluk halinin devamı için şüphelinin kendisine yüklenen suçu işlediğine ilişkin yeterli şüphenin varlığının tespitini gerektiren haller somut olayın özelliğine göre hakimin tarafsızlığını ihlal edebilir⁹¹. Soruşturma evresinde tutuklama kararının verilebilmesi için “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin” bulunması gerektiği (CMK md. 100/1) ve “tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye talebinin reddine ilişkin kararlarda”, “kuvvetli suç şüphesini gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösteril”mesi gerektiği için (CMK md. 101/2) soruşturma evresinde bu kararları veren hakimin aynı işin kovuşturma evresinde görev yapması AİHM kararları dikkate alındığında CMK md. 24/1 kapsamında hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektiren bir hal olarak görülebilecektir. Bu nedenle, hakimin tarafsızlığını sağlamak açısından soruşturma evresinde görev yapan hakimin kovuşturma evresinde yargılamaya katılmaması doğru olacaktır⁹². Nitekim doktrinde yerinde olarak soruşturma evresindeki hakim tarafından verilecek kararları vermek üzere sulh ceza hakimlikleri kurulduğu için 5320 sayılı CMK Yürürlük Kanunu'nun 11. maddesinin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir⁹³.

cc) Hakkında yargılamanın yenilenmesi talep edilen karara katılmış olmak

Yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapacak hakimin, aynı işin önceki yargılanmasında görev yapmış olması da görev yasağı olarak kabul edilmiştir (md. 23/3). CMUK'ta yer almayan⁹⁴ bu görev yasağına göre,

⁹⁰ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 23, Nr. 2; WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 23, Nr. 2.

⁹¹ GRABENWARTER, s. 209.

⁹² GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, 174.

⁹³ ÖZTÜRK (Editor), s. 179.

⁹⁴ CMUK'da bu yönde bir düzenleme olmadığı için md. 22 hükmünün yargılamanın yenilenmesinde uygulanamayacağı belirtilerek, kanunda bu yönde bir düzenleme yapılması öneril-

“Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.” Yargılamanın yenilenmesi ile ilgili bu yeni görev yasağının amacı, yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna (md. 311 vd.) işlerlik kazandırmaktır. Çünkü, aynı uyuşmazlık hakkında kanaatini belirtmiş olan bir hakimin daha sonra yargılamanın yenilenmesi sürecinde önyargısız olarak karar vermesi oldukça zordur⁹⁵. Yargıtay da istikrarlı bir şekilde ilk kararı veren hakimin olayla ilgili kanaati olduğu ve görüşü ilk hükümle belirginleştiği için, yeniden yargılama sürecinde olaya tamamen yabancı ve farklı bir hakimin, görev yapması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁶.

CMK md. 23/3 metni karışıklığa neden olacak şekilde ifade edilmiştir. Madde metnindeki “yargılamanın yenilenmesi halinde” ifadesi yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesinden sonra bu görev yasağının başlayacağı şeklinde anlaşılmaya müsait olduğundan uygulamada yanlış kararların verilmesine neden olmaktadır. Bu hükmün konuş amacı ve gerekçesi⁹⁷ dikkate alınarak, “yargılamanın yenilenmesi halinde” ifadesini, “yargılamanın yenilenmesinin talep edilmesi halinde” olarak anlamak ve yenilenme talebinin yapılmasından itibaren bu konuda verilecek bütün kararlar ve yapılacak muhakeme işlemlerini kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekir.⁹⁸ Aksi halde önceki karara katılan hakimin CMK md. 318-319 uyarınca yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin karar ile md. 320 uyarınca delillerin toplanması ve md. 321’e göre yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlara katılmasının görev yasağı kapsamında olmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki, bu da hükmün konuş amacıyla çelişmektedir. Bu nedenle yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin karar önceki kararı veren mahkeme tarafından,

mekteydi (bkz. CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 81)..

⁹⁵ ÖZTÜRK (Editör), s. 179: “Ülkemizde yargılamanın yenilenmesi nerede ise olanaksızdır. Çünkü kimse tükürdüğünü yalamak istememektedir. Ancak, bu düzenleme ile birlikte bundan böyle yargılamanın yenilenmesi daha kolay olabilecektir.”

⁹⁶ Örneğin, bkz. 2. CD, 11.4.2018, E. 2018/198, K. 2018/4306; 10. CD, 5.4.2018, E. 2018/521, K. 2018/3247; 14. CD, 9.11.2017, E. 2017/7393, K. 2017/5496; 1. CD, 1.11.2017, E. 2017/1632, K. 2017/3648, 11. CD, 23.10.2017, E. 2017/14854, K. 2017/6914.

⁹⁷ 23. maddenin. 3. fıkrası ile ilgili olarak Adalet Komisyonu Gerekçesinde, “Tasarının 24 üncü maddesinde yargılamanın yenilenmesi talebi halinde de, önceki yargılamada görev yapan hakimin aynı işte görev alamayacağı şeklinde üçüncü fıkra eklenmiştir. Böylece, aynı uyuşmazlık hakkında daha önce kanaatini belirtmiş olan hakimin daha sonra yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapması önlenerek, hakimin tarafsızlığı bu yönüyle de sağlanmak istenmiştir” denilmektedir.

⁹⁸ Aynı görüşte, Yurtcan, s. 86.

ancak hükmü veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşan heyetçe verilmelidir.⁹⁹

Yargıtay da yerinde olarak md. 23/3 hükmünün geniş yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtaya göre, “Yasa koyucunun amacı ile adil yargılanma ilkesi gereğince bu hükmün geniş yorumlanması ve önceki yargılamada görev yapan hâkimin yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair karara da katılamayacağını kabul edilmesi gerekir.”¹⁰⁰

Yargıtay istikrarlı bir şekilde yargılamanın yenilenmesi sürecinde md. 318 veya 321 uyarınca verilecek kararların da görev yasağı kapsamında olduğuna hükmetmektedir. Yargıtaya göre, “yargılamanın yenilenmesi isteminde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz. Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin kararın aynı mahkemece, ancak asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerekir. Asıl kararı veren heyette görev alan hakimin yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında karar veren heyette de görev alması usul ve yasaya aykırıdır”¹⁰¹. Başka bir kararında Yargıtay, “yargılanmanın yenilenmesine dair istemin kabule değer olup olmadığına ilişkin karar ile müteakip işlemler önceki yargılamada görev alan hakim tarafından yapılamaz”¹⁰² diyerek, görev yasağının yargılamanın yenilenmesi sürecinin tamamını kapsadığını belirtmiştir. Yine Yargıtay isabetli olarak yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine önceki yargılamada görev yapan mahkeme başkanının, md. 321/1 uyarınca yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair aynı mahkemenin kararına katılmasının md. 23/3’e aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁰³.

⁹⁹ Cumhur ŞAHİN/Neslihan GÖKTÜRK, *Ceza Muhakemesi Hukuku –II-*, 7. Bası, Ankara 2018, s. 319

¹⁰⁰ 10. CD, 05.04.2018, E. 2018/521, K. 2018/3247.

¹⁰¹ 1. CD, 13.01.2010, E. 2009/10007, K. 2010/4.

¹⁰² 10. CD, 23.11.2006, E. 2006/7775, K. 2006/13038: “Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev alan hakimin aynı işte görev alamayacağı gibi, yargılamanın yenilenmesi isteminin hükmü veren mahkemeye sunulacağını belirtilmiş olmasına nazaran, yargılanmanın yenilenmesine dair istemin kabule değer olup olmadığına ilişkin karar ile müteakip işlemler önceki yargılamada görev alan hakim tarafından yapılamaz.” Aynı yönde, 1. CD, 01.11.2017, E. 2017/1632, K. 2017/3648; 11. CD, 23.10.2017, E. 2017/14854, K. 2017/6914; 19. CD, 02.06.2016, E. 2015/34490, K. 2016/18981.

¹⁰³ 11 CD, 29.01.2010, 2009/12102-2010/287: “Somut olayda; Kadıköy İkinci Ağır Ceza Mahkemesi’nin 08.12.2005 gün ve 2005/211 Esas, 2005/541 sayılı kararının kesinleşmesini müteakip, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine önceki yargılamada görev yapan (...) sicil sayılı mahkeme başkanının, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair aynı mah-

Alman CMK’da da, hakkında yargılamanın yenilenmesi talep edilen kararın verilmesine katılmış olan hâkimin, yenileme muhakemesindeki kararlara katılmasının kanunen yasak olduğu, aynı yasağın yargılamanın yenilenmesinin hazırlığı sırasındaki kararlara katılması bakımından da uygulanacağı belirtilerek, görev yasağının yargılamanın yenilenmesi sürecindeki bütün kararlara katılım açısından geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir (§ 23/2).

Yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yasağı teşkil edebilmesi için hakimin, önceki yargılamada herhangi bir şekilde hakim olarak görev yapmış yeterli olup, aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş karar veya hükme katılmış olması şart değildir. Çünkü md. 23/3’te açıkça “önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz” denilmektedir. Yargıtay da kanundaki bu düzenlemeden hareketle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş önceki kararın “duruşma hazırlığını yapan” hakimin yargılamanın yenilenmesi davasında görev almasının yasak olduğuna karar vermiştir¹⁰⁴.

Kaynak Alman CMK’da ise bu görev yasağı daha dar bir şekilde düzenlenmiştir. Alman CMK § 23/2’de, “aleyhinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş bir karara katılmış olan hakim, yargılamanın yenilenmesi sürecindeki kararlara katılması yasaklanmıştır” denildiği için, önceki kararın hazırlanmasına herhangi bir şekilde katılmış olmak görev yasağı olarak kabul edilmemektedir. Ancak bu durumun hakimin tarafsızlığını tehlikeye düşüren bir neden olarak ileri sürülebileceği belirtilmektedir¹⁰⁵. Önceki yargılamaya herhangi bir şekilde katılmayı görev yasağı kabul eden CMK md. 23/3 düzenlemesinin yargılamanın yenilenmesine işlerlik kazandırmak açısından yerinde olduğunu belirtmek gerekir.

3. 2802 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan görev yasağı

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasında “Karı – koca, ikinci derece dahil kan ve sıhri hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar” denilerek bir başka görev yasağı daha ihdas

kemenin 04.12.2008 gün ve aynı sayılı müteferrik kararına 5271 sayılı CMK’nın 23. Maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak iştirak ettiği anlaşılmakta; anılan karara vaki itirazın bu yönden kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.” Aynı yönde 10 CD, 05.04.2018, E. 2018/521, K. 2018/3247; 14. CD, 09.11.2017, E. 2017/7393, K. 2017/5496.

¹⁰⁴ 10. CD, 23.03.2006, E. 2006/2853, K. 2006/4288.

¹⁰⁵ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 23, Nr. 12.

edilmiştir¹⁰⁶. Bu hüküm uyarınca karı - koca hakimlerin aynı mahkeme heyetinde görev yapması açıkça yasaklanmıştır¹⁰⁷. Yine duruşmaya katılan Cumhuriyet savcısı ile hakimin karı - koca olması veya kanunda belirtilen derecede aralarında hısımlık bulunması bu madde kapsamında yasaklandığından şüphe yoktur. Ancak eşlerden birinin düzenlediği iddianameyle açılan kamu davasının yargılmasına diğer eşin katılıp katılmayacağına ilişkin md. 46/1’de açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu açıdan duruşmaya katılmayan, sadece iddianame düzenleyen savcının mahkemenin aynı dairesinde görev yapıyor sayılıp sayılmayacağı uygulamada tereddüde neden olmaktadır. Yargıtay ceza daireleri, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakmayacağına karar vermekteydi¹⁰⁸. Ancak CGK 05.06.2018 tarihli kararıyla¹⁰⁹ ceza dairelerinin aksine olarak bu durumlarda hakimin görev yapmasının yasaklanmadığı sonucuna varmıştır. CGK’na göre, “2802 Sayılı Kanun’un 46. maddesinin birinci fıkrasında yer alan bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamama olgusu, eşlerin hem hâkim hem de birinin hâkim, diğerinin Cumhuriyet savcısı olarak aynı mahkemede görev yapamaması anlamına gelmektedir.” Yine “eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan kamu davasında, diğer eşin hâkim sıfatıyla yargılama yapmasının ve

¹⁰⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 512.

¹⁰⁷ Böyle bir durumu önlemek için 2802 sayılı Kanun md. 46/2’de düzenleme yapılmıştır: “Bu şekilde görev yapmalarına olanak bulunmayanlardan o yere sonradan atanan; daha sonra meydana gelen aynı nedenlerden dolayı birleşmeyeceklerden istekli olanı, istekli olmaması halinde kідemsiz olanı bulunduğu bölge içinde başka bir daire veya yere atanır.”

¹⁰⁸ 4. CD, 09.03.2017, E. 2017/3518, K. 2017/7203: “2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 46. maddesinin 1. fıkrasında, “Karı-koca, ikinci derece dahil kan ve sıhrı hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemede de eşlerden birinin düzenlediği iddianameyle açılan davanın kovuşturma ve hükmüne diğer eşin katılmayacağına açıkça yer verilmemiştir. Ancak bu düzenlemedeki yargısal hassasiyet dikkate alındığında, aynı mahkemeye iddianame ile dava açan Cumhuriyet Savcısının eşinin hükme katılmayacağına kabul edilmesi gerekir. /// Eşlerden birinin iddianameyle dava açması ve diğerinin o konuda hüküm vermesi, davanın tarafları bakımından reddi hakim konusu yapılmaya bile, hakimin tarafsızlığı konusunda kuşku uyandıracığından, Anayasanın 90/ son maddesinin yollamasıyla İHAS’ın 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan davanın “tarafsız bir mahkeme” tarafından görülmesi ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. /// Tüm bu nedenlerle, Anayasanın 90/ son maddesinin yollamasıyla, İHAS’ın 6. maddesinin 1. fıkrası ile aynı sözleşmenin 1. maddesindeki düzenleme ve İHAS’ın 46. maddesi gereğine İHAM kararlarının sözleşmeye taraf devletleri bağlayıcı olması ile 2802 Sayılı Kanun’un 46/1. maddesindeki düzenlemenin içeriği birlikte değerlendirildiğinde, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakamayacağına gözetilmemesi” bozmayı gerektirmiştir; aynı yönde: 8. CD., 04.11.2013, E. 2012/27554, K. 2013/26164; aynı yönde: 8.CD, 22.06.2010, E. 2010/4773, K. 210/8979; 4. CD. 16.02.2017, E. 2014/21322, K. 2017/4647.

¹⁰⁹ CGK, 05.05.2018, E. 2017/8-880, K. 2018/270

karar vermesinin CMK'nun 22 ve 23. maddelerinde sınırlı olarak sayılan hâkimin davaya bakamayacağı ve yargılamaya katılamayacağı hâller arasında gösterilmemiş” olup, bu maddedeki “hakimin görev yasakları sınırlı şekilde sayıldığından, istisnai nitelikteki bu hükümlerin kapsamının kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.”

5235 sayılı Kanuna göre (md. 16, 17) Cumhuriyet başsavcılıkları mahkemelerden ayrı bir teşkilat olup, savcılar da başsavcılık adına görev yapmaktadırlar. Bu nedenle kanunda savcının katılımının zorunlu görüldüğü hallerde ancak duruşmaya katılan Cumhuriyet savcısının mahkeme hakimi ile aynı adalet dairesinde görev yaptığını kabul etmek gerekir. Yargıtayın, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan kamu davasında diğer eşin hakim sıfatıyla yargılama yapmasının ve karar vermesinin kanunda sınırlı olarak sayılan görev yasakları arasında bulunmadığına ilişkin içtihadı yerindedir. Ancak bu husus somut olayın özelliğine göre CMK md. 24 kapsamında hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olabilir¹¹⁰. Özellikle küçük adliyelerde savcı olan eşin hazırladığı iddianame üzerine diğer eşin yargılama yaparak mahkumiyet kararı vermesi, muhakemeye katılanlar açısından hakimin tarafsızlığı konusunda haklı bir endişeye neden olabilecektir.

Alman hukukunda hakim ile savcı arasındaki evlilik bağı görev yasağı olarak düzenlenmemiştir; ancak bu durum doktrinde hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak görülmektedir¹¹¹.

Karı - koca olan hakim ve zabıt katibinin aynı duruşmada görev yapması da 2802 sayılı Kanun md. 46/1 kapsamında görev yasağı teşkil eder¹¹². 2802 sayılı Kanun md. 46/1 anlamında karı – koca ilişkisi Medeni Kanuna göre belirlenmesi gerektiği için hakim ile aynı mahkeme heyetinde görev yapan diğer bir hakim, zabıt katibi, tanık, bilirkişi veya savcı arasında evlilik birliği olmadan birliktelikte yaşama görev yasağı kapsamında olmayıp, CMK md. 24 kapsamında red nedeni oluşturabilir.

¹¹⁰ Nitekim CGK kararında, somut olayda sanık tarafından, hâkimin davaya bakamayacağı veya tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerin bulunduğu ileri sürülerek yapılmış bir hâkimin reddi isteğinin bulunmadığı, hâkimin de davaya bakmaktan çekinmediği belirtilmektedir.

¹¹¹ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 24, Nr. 11; karşı görüş, Wolfgang SIOLEK, in: Löwe-Rosenberg, StPO Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. Bası 2016, Cilt 1, §§ 1-47, § 24, Nr. 34.

¹¹² 8. CD., 10.07.2002, E. 2001/11935, K. 2002/7928; aynı yönde: 3. CD, 23.10.2001, E. 2001/10008, K. 2001/10383.

4. Hakimin görev yasağı bulunmasının sonuçları

1) Hakimin çekinmesi mecburiyeti ve reddi

Görev yasaklarından birinin bulunması halinde hakimin o davaya bakması kanunen yasaklanmıştır. Hakimin görev yasağının bulunduğunu bilip bilmemesi ve muhakemeye katılanlarının görev yasağını ileri sürüp sürmemesi bu açıdan önem taşımaz. Görev yasağı olan hakim hiçbir muhakeme işlemi yapamaz. Bunun sağlanması ise öncelikle hakimin o davaya bakmaktan çekinmesi ile gerçekleştirilecektir. Ancak muhakemeye katılanlar da hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren sebeplerde olduğu gibi görev yasaklarının bulunduğu gerekçesiyle hakimin reddini isteyebilirler (md. 24).

Görev yasaklarından birisinin bulunması halinde hakimin öncelikle o davaya bakmaktan çekinmesi gerekir. Hakimin, kendisinde görev yasaklarından birinin bulunduğunu ileri sürmesine hakimin çekinmesi denir. Hakimin kendi kendisini reddetmesi anlamına da gelen hakimin çekinmesi, hakimin tarafsızlığını bozan sebepleri mahkemeye bildirerek bu konuda bir karar verilmesini sağlamasıdır¹¹³. Hakimin çekinmesi md. 30'da düzenlenmiştir. Çekinmenin hukuki bir sonuç doğurabilmesi için hakimin çekinme talebinde bulunması ve bu talep hakkında md. 27'ye göre yetkili merci tarafından bir karar verilmesi gerekir.

Hakimin görev yasağının bulunduğu gerekçesi ile çekinmesi halinde yetkili merci hakimin bu beyanının doğruluğunu inceleme konusu yapmadan davayı başka bir mahkemeye göndermelidir (md. 30/1). Hakimin çekinmesinin yerinde olup olmadığına merci tarafından karar verilmesini öngören CMUK md. 29/1 hükmü, CMK md. 30'a alınmamıştır. Bunun nedeni madde gerekçesinde, “bu sebepler son derece açık, belli sebepler olup, bunların yerinde olup olmadığına incelenmesi, üzerinde herhangi bir tartışma yapılması gerekmemektedir” denilerek açıklanmıştır¹¹⁴. Hakime güven esasına dayanan bu düzenleme yerinde olmakla birlikte, bir çekinme nedeninin, örneğin önceki karara katılmış olmak gibi, kapsamı konusunda tartışmaların bulunduğu konularda görev yasağının söz konusu olup olmadığına yetkili mercii tarafından incelenerek karar verilmesine ilişkin bir istisna öngörülmesi gerekirdi¹¹⁵.

¹¹³ Claus ROXIN/Bernd SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Münih 2012, 27. Bası, § 8, Nr. 16.

¹¹⁴ Bu husus CMK md. 30 ile ilgili Adalet Komisyonu Raporunda belirtilmiştir, bkz. ŞAHİN, *Gazi Şerhi*, s. 142.

¹¹⁵ CENTEL/ZAFER'e göre (s. 745), “merci bu halde sadece yasaklılığı gerektiren neden-

Hakimin çekinmesi için md. 30'da herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Bu nedenle hem görev yasaklarına dayanan bir çekinmede hem de tarafsızlığı şüpheye düşüren nedenlere dayanarak çekinmede hakimin reddine ilişkin md. 25'teki süre şartı aranmayacaktır¹¹⁶. Ancak süre şartının aranmaması, hakimin çekinme talebinde bulunmayı geciktirebileceği ve istediği zaman çekinebileceği anlamına gelmez. Bu nedenle hakim, çekinme nedenini öğrenir öğrenmez çekinme talebinde bulunmalı, bu konuda muhakemeye katılanların red talebinde bulunmasını beklememelidir¹¹⁷. Hakimin çekinmesi halinde bu çekinmeyi inceleyecek merci md. 27'ye göre belirlenecektir¹¹⁸.

Hakimin görev yasaklarından birisinin bulunması halinde esas olan hakimin kendiliğinden çekinmesidir. Ancak muhakemeye katılanlar da görev yasaklarının bulunduğu gerekçesiyle md. 24 vd. uyarınca hakimin reddini isteyebilirler. Tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlere dayanarak hakimin reddi md. 25 uyarınca süre yönden sınırlandırıldığı halde, görev yasaklarına dayanan bir red talebinde herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Görev yasaklarına dayanan red talebinin usulü, ispat konusu, talebi incelemeye yetkili mercii, talebin incelenmesi ve mercii kararına karşı kanun yolları hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlere dayanan redde ilişkin hükümlere tabi olup, md. 26 vd. düzenlenmiştir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için bu konular üzerinde durulmayacaktır.

2) Hakkında görev yasağı bulunan hakimin yaptığı işlemlerin geçerliliği sorunu

Görev yasağı bulunan bir hakimin verdiği karar veya hüküm yok hükmünde olmayıp kanun yolunda bozulmadığı sürece geçerlidir¹¹⁹. Nitekim görev yasaklarına uyulmamış olması md. 289/1-b uyarınca kesin hukuka

lerin varlığını denetler; çekinmenin yerinde olup olmadığına karar veremez". ÜNVER/HAKERİ'ye göre (s. 181), "kanunumuz yasaklılığı gerektiren sebeplerin mevcudiyeti halinde mercie çekinmenin uygun olup olmadığına karar verme yetkisi vermemiş ve fakat mercii çekinme sebebinin hangi hususa dayandığını araştırma yetkisi tanımış olduğunu kabul etmek gerekecektir." ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE'ye göre (s. 519), bu durumda merci görev yasaklarına dayanan çekinmenin "yerindelik hususunu da" incelemelidir.

¹¹⁶ Aynı şekilde CMUK'da da bir süre sınırlaması getirilmemişti; bu konuda bkz. CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 136.

¹¹⁷ Siolek, LR-StPO I, § 30 Nr. 3.

¹¹⁸ 10. CD, 07.05.2007, 11025-5295 (YAŞAR/ OTACI, s. 489

¹¹⁹ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 21; WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22, Nr. 23.

aykırılık hallerinden olup hükmün bozulmasını gerektirmektedir. Görev yasağı bulunan hakimin katıldığı hükme karşı kanun yoluna başvurulmamışsa hüküm kesinleşir. Görev yasağı duruşma sırasında ortaya çıkmışsa veya duruşma sırasında öğrenilmişse Alman hukukunda duruşmanın yenilenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak duruşmaya yedek hakim de katılmışsa istisnaen duruşmanın yeniden yapılması gerekmeyebilir¹²⁰. Görev yasağının varlığını fark eden hakimin, artık hakim sıfatıyla herhangi bir işlem yapmaması gerekir. Buna rağmen bir işlem yapılmışsa bu işlemin yeniden yapılması gerekir¹²¹.

Görev yasağı olan bir hakim tarafından yapılmış duruşma sonunda verilecek kararı etkileyebilecek nitelikteki muhakeme işlemlerinin görev yasağı olmayan hakim tarafından yeniden yapılması gerekir. Ancak bu şekilde hükmün kesin hukuka aykırılık nedeniyle bozulması önlenemez. Bu nedenle hakkında görev yasağı olan bir hakim tarafından toplanan delillerin duruşmada değerlendirilmesi yapılamaz. Yine tanığın duruşmada dinlenmesi yerine önceki dinleme tutanakların okunmasına izin verilen hallerde¹²² hakkında görev yasağı olan hakim tarafından daha önce yapılan dinleme sırasında tutulmuş olan tutanaklar duruşmada okunmamalıdır.¹²³

Görev yasağı olan bir hakimin katıldığı ara kararlar ve tutuklamaya ilişkin kararlar hukuka aykırı bir şekilde oluşmuştur, ancak bağlayıcıdır. Bu nedenle görev yasağı olan bir hakimin vermiş olduğu tutuklama kararı bağlayıcıdır ve bu kararın icra edilmesi hukuka aykırı değildir. Ancak bu tutuklama kararının, tutukluluğun incelenmesi sırasında veya karara itiraz edilmesi üzerine kaldırılarak yeni bir karar verilmesi gerekir.¹²⁴

Reddi istenen hakim, ret hakkında bir karar verinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapabilir¹²⁵. Ret isteminin kabulüne karar verildiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşmanın tekrarlanması gerekir.

Görev yasağına dayanan bir red talebinin haklı görülerek kabul edilmesi halinde baştan itibaren, reddi istenen hakimin katılma yasağı söz

¹²⁰ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22, Nr. 28.

¹²¹ CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 87.

¹²² Alman CMK § 251, CMK md. 211)

¹²³ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22, Nr. 25.

¹²⁴ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22, Nr. 26.

¹²⁵ ÖZTÜRK'e (Editör) göre (s. 182), uygulamada bu kural yok sayılarak ret talebine rağmen yargılamaya devam edilmektedir.

konusu olur. Bu durumda hakkında görev yasağı olan hakimin katılmış olduğu duruşmalar hukuka aykırı olarak yapıldığı için tekrarlanması gerekir. Çünkü kanunda açıkça görev yasağı olan hakimin hakimlik görevi yapamayacağı belirtilmiştir¹²⁶..

VII. Sonuç

1) Karar verecek hâkimin en önemli özelliklerinden birisi olan tarafsızlık, yargı görevinin yerine getirilmesinde bir tarafın lehine davranılmaması veya ön yargılı olunmaması demektir. Bunu sağlamak için başta kanunlar olmak üzere, anayasalar ve uluslararası sözleşmelerde düzenlemeler yapılmıştır. AİHS md. 6/1’de, herkes davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde görülmesini isteme hakkına sahiptir denilerek, hakimin tarafsızlığı adil yargılanma hakkının esaslı bir unsuru olarak açıkça güvence altına alınmıştır.

2) Referandum ile kabul edilen 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile AY md. 9’da yer alan “bağımsız” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve tarafsız” ibaresi eklenerek, madde metni “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” şeklinde değiştirilmiştir. Yeni düzenleme sonucunda AYM tarafsız hakim güvencesinin kapsam ve sınırlarını doğrudan md. 9 hükmüne dayanarak belirleyebilecektir.

3) CMK’da hakimin tarafsızlığını sağlamak için iki grup tedbir öngörülmüştür. Bunlardan birincisi belli hallerin varlığı halinde hakimin görev yapmasının yasaklanmasıdır. Md. 22 ve 23’te sınırlı bir şekilde sayılan hallerden birinin varlığı halinde hakimin görev yapması kanunen yasaklanmıştır. Hakimin yargılama görevinde tarafsız ve önyargısız olmasını sağlayacak ikinci tedbir ise md. 24 uyarınca hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren sebeplerden dolayı reddinin istenebilmesidir. Bu çalışmada tarafsızlığı şüpheye düşüren sebepler üzerinde durulmamıştır.

4) Hem görev yasaklarının hem de hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı reddinin amacı öncelikle, taraflı veya önyargılı hakimlerin hükme katılmasını önleyerek daha baştan yanlış kararların verilmesini engellemektir. Hakimlerin görevden yasaklanması ve reddi aynı amaca hizmet etmekle birlikte her iki kurum farklı şekilde düzenlenmiş ve farklı koşullara tabi tutulmuştur. Görev yasaklarında kanun koyucu daha baştan itibaren belli durumlarda hakimin tarafsız olmayacağını bir faraziye olarak kabul edip hakimin davaya bakmasını yasaklamakta ve aksini tartışma konusu yapmamaktadır.

¹²⁶ WESSLAU, SK-StPO I, vor § 22, Nr. 25.

5) Görev yasakları kanunda kural olarak sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olduğu için kıyasa yoluna başvurularak benzer durumlar yasak kapsamına dahil edilmemdir.

6) CMK md. 22’de düzenlenmiş olan ilk görev yasağı, hakimin kendisinin suçtan zarar görmüş olmasıdır. Bu yasak, “Hiç kimse kendi davasında hakim olmaz” şeklindeki temel hukuk ilkesinde ifadesini bulmaktadır. Suçtan zarar görmenin görev yasağı teşkil edebilmesi için, hakimin yargılamasını yaptığı suçtan doğrudan zarar görmüş olması gerekir. Hakimin dolaylı olarak zarar gördüğü durumlar hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek haller kapsamında değerlendirilmelidir.

7) Soruşturma veya kovuşturma evrelerinin herhangi bir aşamasında muhakeme işlemi savcı olarak yapan veya savcı olarak işleme katılan kişinin, aynı işle ilgili daha sonra verilecek bir karar veya hükme hakim olarak katılması tarafsızlığını zedeleyecektir. Yargıtay yerinde olarak, il Cumhuriyet başsavcısı veya ağır ceza Cumhuriyet başsavcısı olarak soruşturma evresinde diğer savcılar tarafından hazırlanan iddianamelere “olur” vererek kamu davasının açılmasını sağlayan savcının, bu dava sonucunda verilen hükmün temyiz edilmesi üzerine Yargıtay üyesi olarak temyiz incelemesine katılamayacağına karar vermiştir.

8) Kanunda “mağdur vekilliği” yapmış olmanın görev yasağı olduğu belirtilmişse de, buradaki mağdur vekilliğini, suçtan zarar görenin vekilliğini yapmış olmak şeklinde anlamak gerekir. Suçtan zarar gören bir tüzel kişinin vekili olarak onun avukatlığını yapmak da görev yasağı kapsamındadır.

9) Hakimin, aynı dava ile ilgili önceden tanıklık veya bilirkişilik yapmış olması da md. 22/1-h uyarınca görev yasağı olarak kabul edilmiştir. Md. 22/1-g de “bilirkişi sıfatıyla dinlenmiş” olmaktan bahsedilmiştir. Hükmün konuluş amacı dikkate alınarak hakimin tarafsızlığını sağlamak için maddedeki “dinlenilmiş” olmayı, ceza soruşturma veya kovuşturma makamlarının görevlendirmesi üzerine bilirkişi olarak yazılı veya sözlü görüş açıklamak şeklinde anlamak gerekir.

10) Kanun koyucu bir hakimin daha önce vermiş olduğu bir kararın etkisinde kalabileceğini düşünerek aynı işte daha sonra karar vermesini önlemek amacıyla CMK md. 23’te üç ayrı görev yasağı kabul edilmiştir. Ancak md. 22/1-g’den farklı olarak md. 23’te, önceki muhakeme faaliyetine hakimlik sıfatı ile katılmış olmak aranmaktadır.

11) CMK md. 23/1 ile esas itibarıyla, itiraz, istinaf veya temyiz kanun

yollarından birisine başvurulmuş olan bir hükme daha önceden katılmış olan bir hakimin, bu hüküm veya kararla ilgili yüksek görevli mahkemedeki yargılamaya katılması yasaklanmaktadır. CMK md. 23/1’de, “hüküm” kelimesinin yanına “karar” kelimesi de eklenerek, alt görevli mahkemede “hükme katılmak” yanında “karara katılmak” da görev yasağı olarak kabul edilerek yasağın kapsamı genişletilmiştir.

12) Yargıtay içtihatlarına göre, CMK md. 23/1 anlamında “karar veya hükme katılma” bir hakimin, “önceki yargılama sırasında, kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikteki kararlara katılması”dır. Görevsizlik kararı veren hakimin aynı işin yargılamasına katılıp katılamayacağı konusu uygulamada uyuşmazlıklara neden olmaktadır. Ceza dairelerinin aksi yöndeki kararlarına karşın Yargıtay CGK, asliye ceza mahkemesince verilen görevsizlik kararına karşı sanık müdafii tarafından yapılan itirazı inceleyip reddeden ağır ceza mahkemesi heyetinde yer alan başkan ve üyelerin, görevsizlik kararı ile gelen aynı dosyanın yargılamasına katılmalarında md. 23/1’e aykırılık görmemektedir. Md. 23/1’deki görev yasağının kapsamının oldukça geniş tutulmasının hakimlerin tarafsızlığını sağlama açısından yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak bunun görev yasağı kapsamında değil, md. 24 uyarınca hakimin reddi ile sağlanması daha isabetli olacaktır.

13) Bir işin soruşturma evresinde görev yapmış olan hakimin aynı işin kovuşturma evresinde görev yapma yasağı, hakimin md. 163 kapsamında görev yapması ile sınırlı olarak kabul edilmiştir. AİHM’ye göre, soruşturma aşamasında tutuklamaya veya tutukluğunun devamına karar veren hakimin aynı işin yargılamasına katılması tek başına hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektirmez. Ancak Mahkemeye göre, tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlar için şüphelinin kendisine yüklenen suçu işlediğine ilişkin yeterli şüphenin varlığının tespitini gerektiren halleri somut olayın özelliğine göre hakimin tarafsızlığını ihlal edebilir. AİHM kararı dikkate alınarak CMK Yürürlük Kanunu md.11’in. kaldırılması yerinde olacaktır.

14) Yargılamanın yenilenmesi ile ilgili yeni görev yasağının amacı, yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna (md. 311 vd.) işlerlik kazandırmaktır. Ancak md. 23/3’deki, “yargılamanın yenilenmesi halinde” ifadesi yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesinden sonra bu görev yasağının başlayacağı şeklinde anlamaya müsait olduğundan uygulamada yanlış kararların verilmesine neden olmaktadır. Bu hükmün konuş amacı ve gerekçesi dikkate alınarak, “yargılamanın yenilenmesi talebinin yapılması

halinde” olarak anlaşılmalı ve yenilenme talebinin yapılmasından itibaren bu konuda verilecek bütün kararlara ve yapılacak muhakeme işlemlerine katılma açısından görev yasağı kabul edilmelidir. Ancak uygulamada istikrarı sağlamak açısından md. 22/3’ün Yargıtay CGK kararları doğrultusunda değiştirilmesi yerinde olacaktır.

15) 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasındaki “Karı – koca, ikinci derece dahil kan ve sıhrî hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar” hükmünü de bir görev yasağı olarak nitelendirmek gerekir. Bu hüküm uyarınca karı - koca hakimlerin aynı mahkeme heyetinde görev yapması açıkça yasaklanmıştır. Yargıtay ceza daireleri, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakmayacağına karar vermektedir. Ancak CGK 05.06.2018 tarihli kararıyla ceza dairelerinin aksine olarak bu durumlarda hakimin görev yapmasının yasaklanmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtayın, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan kamu davasında diğer eşin hakim sıfatıyla yargılama yapmasının ve karar vermesinin kanunda sınırlı olarak sayılan görev yasakları arasında bulunmadığına ilişkin içtihadı yerindedir. Ancak hakimin tarafsızlığına ilişkin güveni sağlamak açısından 2802 sayılı Kanunun 46. maddesinin 1. fıkrası değiştirilerek, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin bakması yasaklanmalıdır.

16) Görev yasağı olan hakim hiçbir muhakeme işlemi yapamaz. Bunun sağlanması ise öncelikle hakimin o davaya bakmaktan çekinmesi ile gerçekleştirilecektir. Ancak muhakemeye katılanlar da hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren sebeplerde olduğu gibi görev yasaklarının bulunduğu gerekçesiyle de hakimin reddini isteyebilirler. Hakimin çekinmesi için md. 30’da herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir.

17) Görev yasağı bulunan bir hakimin verdiği karar veya hüküm yok hükmünde olmayıp kanun yolunda bozulmadığı sürece geçerlidir. Nitekim görev yasaklarına uyulmamış olması md. 289/1-b uyarınca kesin hukuka aykırılık hallerinden olup hükmün bozulmasını gerektirmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ALKAN, Ali, “2013-2014 Adli Yıl Açış Konuşması”, **Yargıtay Dergisi**, Ekim 2013, Cilt: 39, Sayı: 4.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018
- CENTEL, Nur, “Hakimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf (erişim tarihi: 29.10.2018)
- CENTEL, Nur **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı** (Centel, Hakimin Tarafsızlığı) İstanbul 1996.
- ERGÜL, Ozan, “Anayasa Mahkemesi ve Hakim Tarafsızlığı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 54, 2004, s. 244-257
- GIEGERICH, Thomas, **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor**, Ankara 2009 (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/avrupabirligi/turkyargisi/istisariziyaret/tr/%C4%B0stisariZiyaretRaporu-2008-tr.pdf>)
- GRABENWARTER, Christop, “Yargılama Güvenceleri – Adil Yargılama Hakkı (İHAS md. 6)”, (Çev: Osman Can), in: Kayıhan İçerl/Yener Ünver, **Adil Yargılanma Hakkı v Ceza Hukuku** Ankara 2004.
- GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerem, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Bası, Ankara 2017.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Ankara 2002.
- İNCEOĞLU, Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Ankara 2007.
- İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, İstanbul 2002.
- KARAASLAN, Varol, “Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt 4, Sayı 2, Yıl:2014, s. 97-132.

Kazancı İhtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com).

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,

10. Bası, Ankara 2017.

MEYER-GOSSNER, Lutz, **Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen**, 56. Bası, Münih 2013.

METİN, Yüksel, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Anayasa Yargısı** 27 (2010), s. 217-272.

ÖDEN, Merih, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara 1993, Cilt 43, S.1-4, s. 61-124.

ÖNDER, Ayhan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 22 inci Maddesine Göre Hakimin Davaya Bakamayacağı Haller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası X, 2-4 (1967) s. 518- 568.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Ankara 2018.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara 2018.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER,Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Esfer/ ALTINOK VILLEMIN, Derya/ TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Ankara 2018 (Atıf: ÖZTÜRK, Editör).

ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 27. Bası, Münih 2012.

SIOLEK, **Wolfgang**, in: Löwe-Rosenberg, StPO Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. Bası 2016, Cilt 1, §§ 1-47.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKTAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara 2002.

TOPUZ, Gökçen / KONAN, Belkıs, “Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 66 (4) 2017, s. 763-794.

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku – I -**, 9. Bası, Ankara 2018.

- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku –II-**, 7. Bası, Ankara 2018.
- UZUN, Cem Duran, “6771 Sayılı Kanunla Anayasada Yargıyla İlgili Yapılan Düzenlemeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, s. 409-433.
- ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Ankara 2018.
- WESSLAU, Edda, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO, Cilt I: §§ 1-93 StPO, 5. Bası Münih 2016.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12. Bası, İstanbul 2007.
- YAŞAR, Osman/OTACI, Cengiz, **Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Cilt I, 6. Bası, Ankara 2015.

