

## **BOZMA KARARINDAN SONRA ORTAYA ÇIKAN**

### **İHSAS-I REY SORUNU**

Kâzım Yiğit Akalın

Avukat

#### **GİRİŞ:**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 307. maddesi, Yerel Mahkeme kararının temyiz edilmesi ve neticede Yargıtay tarafından bozulması sonrasında, davaya yeniden bakacak mahkemenin işlemlerini düzenlenmektedir. Maddenin 2. fıkrası; *“Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin dosyada varolan adreslerine de davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları saptanmamış olsa da duruşmaya devam edilerek dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak, sanık hakkında **verilecek ceza**, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, her halde dinlenmesi gerekir.”* hükmünü amirdir.

Burada dikkat çeken husus, maddenin 2. fıkrasının son cümlesidir. Maddede güdülen amaç ile madde metni çelişmektedir. Diğer bir anlatımla kanaatimizce, madde metninin yazımındaki hata sebebi ile yargıç, davanın esasına ilişkin görüşünü açıklamış (ihsas-1 rey’de bulunmuş) olacaktır.

#### **İhsas-1 Rey (Oyunu Belli Etme) Kavramı Nedir?**

Herhangi bir zorunluluk ve ihtiyaç bulunmamasına karşın, görmekte olduğu bir yargılamada oyunu belli eden yargıcın tarafsız olamayacağı kabul edilmektedir. Zira, yargıç yargılama sonundaki kanaatine göre karar vermesi gerekirken, buna uymayarak yargılama tamamlanmadan önce oyunu belli ederse, önyargılı davrandığı ve bu suretle de adil yargılanma ilkesini ihlal etmektedir.

Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Hâkimin reddi sebepleri ve ret isteminde bulunabilecekler” başlıklı 24. maddesinin 1. fıkrası, yargıcın görevden yasaklanması dışında, reddedilebileceği durumu düzenlemektedir; *“Hâkimin davaya bakamayacağı hallerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir.”*

“Yargıcın yasaklılık sebeplerinden farklı olarak, reddini doğuran tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenler ayrıca tek tek kazuistik olarak açıklanmamış, her somut olayda ayrıca değerlendirme olanağı sağlanmıştır.”<sup>1</sup> Ancak doktrinde Prof. Dr. Nur Centel, “Ret Nedenleri”ni 6 madde halinde belirtmiştir. Centel’e göre yargıcın ret nedenleri; 1- Sanık veya mağdurla kişisel ilişki, 2- Gergin İlişkiler, 3- Diğer kişilerle ilişkiler, 4- Baskı, 5- Önceki faaliyetler, **6- Oyunu belli etme olarak sayılmıştır.**<sup>2</sup> Uygulamada sıklıkla yargıcın reddine yol açan tarafsızlığını şüpheye düşürecek neden olarak, ihsas-ı rey (oyunu belli etme) ile karşılaşılmaktadır.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve halen uygulanmakta olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 307. Maddesinin ilgili bölümü şu şekilde düzenlenmiştir;

*“(1) Yargıtaydan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak bölge adliye veya ilk derece mahkemesi, ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar.*

*(2) Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin dosyada varolan adreslerine de davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları saptanmamış olsa da duruşmaya devam edilerek dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak, sanık hakkında verilecek ceza,*

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Yener **ÜNVER**, Prof. Dr. Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s.182.

<sup>2</sup> Prof. Dr. Nur **CENTEL**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s.89 vd.

*bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, her halde dinlenmesi gerekir...”*

Aynı maddenin, 01.06.2005 tarihinden önce yürürlükte olan karşılığı mülga 1412 sayılı kanunun 326. maddesi olup, bu maddenin de ilgili bölümü aşağıdaki gibi düzenlenmiştir;

*“(Değişik: 3206 - 21.05.1985) Yargıtaydan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak mahkeme, ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar.*

*Sanık veya müdahil ve vekillerine davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları tespit edilmemiş olsa dahi duruşmaya devam edilerek dava gıyapta bitirilebilir. Ancak sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise herhalde dinlenilmesi gerekir...”*

Giriş kısmında değinmiş olduğumuz ve yazımızın konusunu oluşturan, maddenin 2. fıkrasının son cümlesi bakımından, eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile şu anda yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Kanunu arasında bir farklılığın olmadığı görülmektedir. Sadece dil bilgisi kurallarına uyum maksadıyla “her halde” kelimesi ayrı yazılarak metne işlenmiştir.

Öte yandan aşağıda ayrıntılarıyla eleştirdiğimiz bu hüküm, mülga 1412 sayılı CMUK’a da, 3206 sayılı Kanun ile 1985 yılında eklenmiştir. Ekleme öncesinde, mülga 1412 sayılı CMUK madde 326, sadece bozma sonrası Yerel Mahkemenin verebileceği kararları saymışken (uyuma, direnme ve aleyhe bozamama) 1985 yılındaki ekleme ile, bozma sonrasında sanığın yokluğunda duruşmanın yapılıp yapılamayacağı, yapılacaksa da hangi durumda yapılabileceği eklenmiştir.

Diğer taraftan da doktrinde; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, sanığın yokluğunda hiçbir şekilde duruşmanın gerçekleştirilmemesi gerektiğini,

1985 yılında getirilen bu düzenlemenin çok isabetsiz olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir.<sup>3</sup>

Özetle, Anayasa'nın 36, Ceza Muhakemesi Kanununun 24/1. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddeleri uyarınca, **yargıcın tarafsız** olması gerektiği vurgulanmaktadır.

Ayrıca Türkiye'nin de onayladığı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 23.04.2003 tarihli oturumunda kabul ettiği Bangalore Yargı Etiği İlkeleri'nin – **Tarafsızlık İlkesinin** 4. maddesinde; *“Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimali olan bir konu hakkında, bilerek veya isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça adilanelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, herhangi bir şahsın ya da meselenin adil yargılanmasını etkileyebilecek aleni olsun veya olmasın herhangi bir yorum da yapmamalıdır.”* şeklinde düzenlenen ilke de hâkimin yargılamada yorumda bulunamayacağını açıkça ifade etmektedir.

### **5271 sayılı CMK'nın 307/2-son cümlesi İhsas-ı Rey'e neden olmaktadır:**

Yukarıda hâkimin tarafsızlığını gerektirir düzenleme ve görüşlere etraflıca yer vermemizin nedeni, ülkemizde bu konuda gösterilen duyarsızlığın boyutunu gözler önüne sermekti. Esasen mevzuatımızda yer alan düzenlemeler, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler bakımından tarafsızlık ilkesinin ideal olarak yazıya döküldüğünü kabul edebiliriz.

Ancak CMK md. 307/2 metni, söz konusu tarafsızlık ilkesinin ne denli kağıt üzerinde kaldığını, kanun koyucu ve uygulayıcıları tarafından içselleştirilmemiş olduğunu ve bu ilkeye karşı ne kadar kayıtsız kalındığını ortaya koymaktadır.

---

<sup>3</sup> **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul Ekim 2010, s.1781.

Bu konuyu örnekleyerek Şu Şekilde izah edebiliriz. Bozma ilamına bağlı dava dosyası Yargıtay tarafından kendisine gönderilen mahkeme, ilk iŐ olarak duruŐma gününü belirleyecek ve taraflara çağrı yapacaktır. Duruşmada ise Yargıtay bozma kararı okunarak, Cumhuriyet savcısı, katılan ile sanık ve avukatlardan bozmaya karşı diyecekleri sorulacaktır.

Katılan, sanık ve avukatlar davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmezler veya bu kiŐilerin dosyada bilinen adreslerine tebligat yapılamazsa, duruŐma sürdürülerek yokluklarında dava bitirilebilmektedir.

Ancak 5271 sayılı kanununun 307/2. maddesinin son cümlesi uyarınca; bozma sanığın aleyhine, diğer bir anlatımla **verilecek ceza**, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, avukatının gelip bozmaya karşı görüşünü açıklamış olması durumunda da, sanığın herhalde mahkeme önünde veya istinabe yoluyla dinlenilmesi zorunludur.<sup>4</sup>

Burada dikkat çekmek istediğimiz husus cümlede geçen; **“verilecek ceza”** ifadesidir. Gerçekten metne dikkat edildiği takdirde, tamamen kanun yapma tekniğine aykırı olarak, **yargılama tamamlanmadan bir cezanın verilebileceği anlamı çıkmaktadır**. Esasen kanun koyucunun amacının ne olduğu anlaŐılmakla birlikte, söz konusu amaç doğru ifade edilememiŐtir.

Bu konuda görüŐ belirten Soyaslan söz konusu durumu aıkladırken, karar sanık aleyhine bozulmuş ya da bozmadan sonra daha ağır bir ceza verilme durumu söz konusu ise sanığın bozmaya karşı diyeceğinin sorulması gerektiğini, belirtmiştir.<sup>5</sup> **Ancak 307. maddede, “söz konusu” gibi bir olasılık ifadesine yer verilmeksizin, kesinlik içeren “verilecek ceza” ibaresi kullanılmıŐtır.**

Doktrinde, CMK'nın 307/2. maddesinin son cümlesinin uygulanmasını gerektirebilecek durumlara da yer verilmiŐtir. Örneğin, sanık hakkında

---

<sup>4</sup> Haydar **EROL** Yargıtay yesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1963

<sup>5</sup> Prof. Dr. Doğan **SOYASLAN**, Ceza Muhakemesi Hukuku, GüncelleŐtirilmiŐ 2. Baskı, Ankara 2006, s.553.

görevi savsamadan (TCK md. 257/2) dolayı verilen hüküm, görevde yetkiyi kötüye kullanma (TCK md. 257/1) suçunu oluşturduğu gerekçesiyle bozulmuş ise, ikinci suçtan verilecek ceza daha ağır olduğundan, sanıktan bozmaya karşı diyeceğinin mutlaka sorulması gerekir. Müdafî görüşlerini bildirirse bile, aleyhteki bozmaya karşı sanıktan diyeceğinin sorulması şarttır.<sup>6</sup>

Bu gibi örneklerde Yargıtay'ın hükmü, sanığın daha ağır bir cezayla cezalandırılması bakımından açık ve tartışmaya yer vermeyecek şekildedir. Ancak Yargıtay'ın verdiği her bozma kararında, konu bu denli açık ve net değildir. Bozma kararının, sanığın lehine mi aleyhine mi olduğu açık bir şekilde ortaya çıkmadığı durumlarla da karşılaşılmaktadır.

Örneğin bir sanık hakkında Yerel Mahkeme tarafından, kasten yaralamadan hüküm verildiği, sanığın, meşru müdafaa ve eksik inceleme gerekçesiyle; davaya katılanın da, öldürmeye teşebbüs ve yine eksik inceleme gerekçesi ile kararı temyiz ettiği şeklindeki bir örneği ele alalım. Her iki tarafın temyizi üzerine Yargıtay, tarafların ikisinin de sadece eksik inceleme talebini kabul ederek Yerel Mahkeme kararını bozarsa, bu durumda bozma kararının sanık aleyhine mi, yoksa lehine mi olduğu anlaşılamayacaktır.

Böyle bir durumda, bozma sonrası yürütülen yargılamada sanık çağrıya rağmen duruşmaya katılmazsa, Yerel Mahkemenin ne yapacağı muğlaktır.

**Şayet Mahkeme, sanığın duruşmaya katılması için öncelikle zorla getirme kararı verir ve yine de duruşmada hazır edilemeyen sanık hakkında, yakalama kararı çıkarırsa; Mahkemenin sanık hakkında, önceki cezadan daha ağır bir cezaya hükmedeceği, sonucuna mı varmak gerekecektir?**

Gerçekten, maddede geçen “*sanık hakkında verilecek ceza, bozma öncesi verilen cezadan daha ağır ise*” ibaresi, Yerel Mahkemenin tutumunu

---

<sup>6</sup> Osman YAŞAR, Yargıtay 4. Ceza Başkanı, Ceza Muhakemesi Kanununun, 3. Cilt, Ankara 2009, s.2820

başka şekilde yorumlamaya imkân bırakmamaktadır. Bu durum, yargıcın tarafsızlığını ortadan kaldırdığını ve savunma makamına savunma imkânı tanınmadan, hükmün verildiğini göstermektedir.

Esasen Yargıtay'ın da bugüne kadarki uygulamalarında, CMK 307. maddesinin nasıl yorumlanacağına ilişkin birçok karar bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında, verilen kararın sanık lehine veya aleyhine olup olmadığı net olarak ortaya çıkarılmadığı bir durumda, sanıkların aleyhine sonuç doğurabilme olasılığının varlığının yeterli olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 20.09.2005 Tarih ve 2005/4-91 E, 2005/99 K. sayılı kararı;

*“Sövme ve tehdit suçundan sanıklar E., S. ve E.Ş.'nin beraatlerine ilişkin hükümler, katılan vekilinin temyizi üzerine özel dairece, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulduğundan bahisle ve sanıklar aleyhine sonuç doğurabilecek biçimde bozulmuştur.*

*... İncelenen dosya içeriğine göre, sanıklar hakkındaki beraat hükmü, **katılanın temyizi nedeniyle aleyhe sonuç doğurabilecek biçimde bozulduğu halde, bozmadan sonra yapılan yargılamada sanıkların duruşmada hazır bulundurularak bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan direnme kararı verilmesi yasaya aykırıdır. Bu nedenle diğer yönleri incelenmeyen direnme hükmünün öncelikle saptanan bu usuli nedenle bozulmasına karar verilmelidir.**”*

Yargıtay örnek kararlarında istikrarlı bir şekilde, CMK 307. maddenin ilgili hükmünün uygulanabilmesini, önceki hükmün sanık aleyhine bozulması şartına bağlamıştır.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02.03.2010 Tarih ve 2010/1-22 E., 2010/42 K.; “... önceki hüküm aleyhine bozulmuş olmasına rağmen”;

## SONUÇ:

Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 1985 yılında yapılan değişikliğin yanlış olduğuna ilişkin görüşe biz de katılıyoruz. Burada en başta yapılan hata, sanığın yokluğunda bir yargılamanın tamamlanabilme olasılığıdır. ‘Adil Yargılanma İlkesine’ açıkça aykırı olacağını düşündüğümüz bu düzenlemenin, aynı zamanda metnin yazılışındaki yanlışlığın da dikkate alınarak kaldırılması gerekmektedir.

Bir başka ifadeyle, gerek lehe, gerekse de aleyhe olsun hiçbir durumda, bozma sonrası tekrar başlayan yargılamada, sanığın bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan karar verilmemelidir. Ancak, 1985 değişikliğinin kalması gerektiği düşünülse dahi, mevcut durumda metnin yazılışında hataya düşüldüğünden, belli durumlarda Mahkemenin vereceği kararlarda, yargıcın reddini doğurabilecek ihsas-ı rey sorunu ortaya çıkabilir ve çıkmaktadır. Dolayısıyla hükmün hatalı yazılımı nedeniyle, yargıcı ihsas-ı reye zorlayan madde metninin kesinlikle tekrar düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce, CMK md. 307/2-sonun mevcut hali;<sup>8</sup> **“Ancak, bozma kararı sanık lehine değilse, her halde dinlenmesi gerekir.”** gibi bir hale getirilirse, yazımızda belirttiğimiz yargıcın düşeceği sakıncalı durum ortaya çıkmayacaktır.

---

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.11.2010 Tarih ve 2010/7-191 E., 2010/227 K.; “... sanığa, bozmada belirtilen ve aleyhinde sonuç doğuracak olan hususlarda beyanda bulunma”;  
Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.01.2009 Tarih ve 2008/1-254 E., 2009/4 K.; “... Somut olayda, sanıklar aleyhine olduğu yönünde kuşku bulunmayan bozma kararına karşı, sanıkların diyecekleri saptanmadan, yokluklarında karar verilmesi yasaya aykırıdır.”

<sup>8</sup> “Ancak, sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, her halde dinlenmesi gerekir.”