

“İstinaf, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen son kararlarda, fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği (maddi mesele); sanık tarafından gerçekleştirilen eylemin suç teşkil edip etmediği, cezanın verilmesi gerektiği ahvalde, hangi cezanın verilmesi gerektiği ve nasıl muhakeme yapılacağı sorunu (hukuki mesele) hakkında, üst dereceli mahkeme olan Bölge Adliye Mahkemesince denetlenmesine olanak sağlayan, ikinci derece denetim muhakemesi yoludur. İstinaf incelemesinde, ilk derece mahkemesince yapılan maddi tespitler ve uygulanan yasa normunun, yerindeliği ile yetinilmemekte; bu hususlar yeni baştan ele alınmakta, bu çerçevede yeni deliller ileri sürülebilmekte, ilk derece mahkemesinin kararında hata bulunduğu tespiti halinde, Bölge Adliye Mahkemesince olay hakkında kararı bizzat verilmesi esastır. Bu özellik sebebiyle, İstinaf incelenmesinde, Bölge Adliye Mahkemesi delillerle bizzat temas kurarak, delil takdiri ile yeni hüküm kurabildiği halde; Temyiz incelemesinde ise Yargıtay Ceza Dairesince, esas olan bozma kararı verilmesi olup, istisnaen mevzuatın izin verdiği hallerde örneğin dava zamanaşımı veya yeniden yargılama yapılmasının gerek olmadığı haller de, esas hakkında hüküm kurulmasıdır. Bu sebeple de, istinaf incelenmesinde asıl olan hatanın, yani hukuka aykırılığın tespiti halinde hatayı bizzat düzelterek, kararın İstinaf Dairesince bizzat verilmesi asıl olup, bozma kararı verilerek geri gönderilmesi ise istisnadır. (Bkz. Prof. Dr. Yenisey Ferudun, Duruşma ve Kanun yolları, 2. Baskı, İst. 1980, sf. 179,180; Prof. Dr. Yenisey Ferudun, Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Mart 2007 Ankara, sf. 4; Prof. Dr. Öztürk Bahri, Nazari ve Uygulamada Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2010, sf. 567, 568); Yargıtay 6. CD'sinin, 27.01.2022 tarih 2021/5754 esas, 2022/920 sayılı kararı)

İstinaf incelemesi sonucunda, CMK'nın 289. maddesinde belirtilen (g-h. bendi hariç) hukuka aykırılık hallerinin bulunması halinde, ilgili BAM. Ceza Dairesince CMK'nın 280/1-e maddesi gereğince bozma kararı verilerek dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere, ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi, yasal düzenlemenin gereğidir. CMK'nın 289/1-g-h. bentlerindeki hallerden birinin bulunmaması halinde ise CMK'nın 280/1-g bendi gereğince "Diğer hâllerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra (...) davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına" karar verilmesi yasanın emredici hükmüdür. 5271 S. CMK'nın 289. maddesindeki yazılı nedenler, hem istinaf yasa yolu hem de Yargıtay da temyiz yasayolu incelemesi bakımından mutlak bozma sebepleridir. (Bkz. Prof. Dr. Yenisey Ferudun, Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Mart 2007 Ankara, sf. 146). Yasanın emredici hükmünün uygulanmaması ise, CMK'nın 289. maddesine göre (Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması) hukuka aykırılık halini oluşturacaktır.

01.02.2018 tarih 7079 SK'nın 92. maddesi ile değişik 5271 S. CMK'nın 280/1-e madde ve fıkrasında,

Bölge adliye mahkemesi, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra;

"İlk derece mahkemesinin kararında, 289. maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın, yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine, karar verilir....

Diğer hâllerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra (...) davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına" karar verileceği, belirtilmiştir.

Bu durumda, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerince, CMK'nın 289. maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri haricinde, bir hukuka aykırılığın tespiti halinde, ilk derece mahkemesi kararının bozularak ilk derece mahkemesine geri gönderilmesinin öngörüldüğü; ilk derece mahkeme- since de, CMK'nın 284. maddesine göre direme yasağı kapsamında bozma doğrultusunda işlem yaparak, bozma gerekçesinde belirtilen eksikliği giderme yükümlülüğünün doğduğu; bu çerçevede sanığın savunma alınması gerekiyorsa, bozma doğrultusunda savunma ve beyanları alıp delilleri toplaması gerektiği; usulü eksiklik halinde ise bu eksikliğin, bozma doğrultusunda giderilmesi gerektiği, kabul edilmektedir.

Tabi hakimlik ilkesi Anayasanın 37. maddesinde biraz değişik şekilde düzenlenmiş olup, “hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz “şeklindeki düzenleme ile bu ilkenin esası belirtilmiş olup kanuni hakim veya tabi hakim, kanunla önceden kurulmuş, her bakımdan yetkili yargılama makamındaki hakimdir. Tabi hakimlik esası, yürütme erkinin yargılama makamları üzerindeki, muhtemel etkisini önlemek için kabul edilmiş bir teminat tedbiri olup, (Kunter Yenisey, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul -1989 sf, 339,340; hangi suçun hangi mahkeme tarafından yargılanacağı, önceden objektif kurallarla belirlenmesidir. (Yenisey Feridun, Duruşma ve kanun yolları, 2. Baskı, İstanbul 1990, sf. 62; Yurtcan Erdener Ceza yargılaması Hukuku, 5. Baskı, sf.55,56.)

CMK'nın 280/1-e maddesinde ki yasal düzenleme sebebiyle, İstinaf Ceza Dairelerinin bozma sebebi sınırlı olup, genişletilemeyeceği; CMK'nın 289. maddesinde belirtilen sınırlı sayı ilkesine tabi olan bozma sebeplerinden de, "g" ve "h" bendi dışındaki sebeplere dayanılarak, bozma yapılabileceği, yasada düzenlenmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerince, Yargıtay Ceza Dairelerinin temyiz incelemesinde öngörülen ve daha geniş olan bozma sebeplerine, dayanılması mümkün olmadığı gibi Yargıtay içtihatları ile netleşen uygulamaların dışına çıkılarak, CMK'nın 289. maddesindeki bozma sebep ve anlamlarının keyfi olarak değiştirilmesi, Anayasanın 37. maddesindeki Tabi hakimlik ilkesinin ihlaline ve keyfi olarak yasa yolu değişikliğine ve adil yargılamanın ihlaline neden olacaktır. Yargıtay Ceza Dairelerince, temyiz yasa yolu incelenmesinde CMK'nın 289. maddesinde belirtilen sebepler dışında, CMK'nın 302/2. fıkrasında öngörülen, “hükme etkileyen diğer hukuka aykırılık sebebine “ dayanılarak hükmün bozul- masına karar verebileceği, kabul edildiği halde; Bölge Adliye Ceza Daireleri için ise sadece CMK'nın 289. maddesinde belirtilen sebeplere dayanılarak, bozma kararı verebileceği; CMK'nın 302/2. fıkrasında öngörülen, “hükme etkileyen diğer hukuka aykırılık sebebine “ dayanılarak hükmün bozulmasına karar veremeyeceği, kanuni düzenlemenin sonucudur. Zira İstinaf Ceza Daireleri, ilk derece mahkemesi kararlarındaki bu hukuka aykırılığı, Yargıtay Ceza Dairesinden farklı olarak, bizzat duruşma açarak giderme imkanı bulunduğu halde, Yargıtay Ceza Dairelerince istisnalar dışında duruşma açma imkanı bulunmadığından, Yargıtay Ceza Daireleri için bu kadar geniş bozma yapma sebebi konulması, Yargıtay'ın kuruluş amacı ve temyiz incelemesinin hukuki fonksiyonun sonucudur.

ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMADAN ÖNCE GİDİLEN YASA YOLLAR VE DEĞERLENDİRME

Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkı ile Anayasanın 37. maddesinde düzenlenen Tabi hakimlik ilkesi, Anayasanın 138. maddesinde öngörülen mahkemelerin bağımsızlığı ile Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin 5. fıkrası ile İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin

Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek 7 Numaralı Protokolün 2. maddesi gereğince, dosyanın yasa gereğince bakması gereken yargı merciinde yargılamanın yapılması için, mahkememizce inceleme dışı başka dosyalarda CMK'da öngörülen değişik yasa yollarına başvurulmuş ise de, mevzuatımızdaki yetersizlik ve hukuki yorum farklılığı sebebiyle, bu yasa hükümlerinin işletilemediği;

Bu çerçevede;

1- Mahkememiz ile İstinaf Ceza Daireleri arasında inceleme dışı başka dosyalarda görev uyuşmazlığı çıkarılmış ise de, tüm Adliye mahkemeleri arasında görev ve yetki uyuşmazlığını çözme hususunda en üst yargı merci olan Yargıtay 5. CD'since, tabi hakimlik ilkesi ve adil yargılama ilkesi nazara alınmadan, CMK'nın 280/1-e yollaması ile 289/g-h bentlerindeki bozma yasağı görmezden gelinerek, CMK'nın 284. maddesi gereğince direnme yasağı kapsamında konuyu değerlendirerek, görev uyuşmazlığının esasına girmeden, dosyaların ilk derece mahkemesince görülmesini sağlayacak şekilde, dosyaların iadesine karar verildiği, tespit edilmiştir. Nitekim Anayasaya aykırılık iddiasına konu olan olayla ilgili Yargıtay 5. CD'si 15.05.2023 tarih, 2023/5134 esas; 2023/6303 sayılı kararı bu yönde olduğu gibi ; Yargıtay 5. CD'sinin 06.03.2024 tarih 2023/9313 esas, 2024/2572 sayılı kararı, Yargıtay 5. CD'sinin 15.05.2023 tarih 2023/5134 esas, 2023/6303 sayılı kararı, Yargıtay 5. CD'sinin 28.12.2023 tarih 2023/9269 esas, 2023/12972 sayılı kararı; Yargıtay 5. CD'sinin 15.04.2024 tarih 2024/3172 esas, 2024/3840 sayılı müstekar hale gelen kararında da (EK6) ilk derece mahkemesi kararının, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin bozma kararına karşı direnme hükmü niteliğinde olduğu, ceza yargılamasında kıyas mümkün ise de, yürürlükteki kanunlarda ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesi arasında görev ihtilafı çıkabilecek bir hususun bulunmadığı, kaldı ki 5271 sayılı Kanunun "Direnme yasağı" başlıklı 284. maddesi uyarınca, itiraz ve temyize ilişkin hükümler saklı kalmak üzere bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnilemeyeceği; bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemeyeceği, bu itibarla Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin bozma ilamının kesin ve bağlayıcı nitelikte olduğu, Adana 13. Asliye Ceza Mahkemesinin Kararlarının yok hükmünde olduğu, ortada Yargıtay tarafından çözümü gereken bir görev uyuşmazlığı bulunmadığı şeklinde kararlar vermiştir.

2- Adana 13. Asliye Ceza Mahkemesince, Anayasanın 36. ve 37. maddelerinde düzenlenen Adil Yargılama hakkının temini için inceleme dışı bir çok dosyada, CMK'nın 289/1-g-h, maddesine aykırılık sebebiyle, hukuka aykırı bozma kararları sebebiyle bizzat İstinaf Ceza Dairesince duruşma açılması ve tarafların temyiz hakkına engel olunmaması, tabi hakimlik ilkesine aykırılığın giderilerek, adil yargılamanın temini için Adana Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla, CMK'nın 308/A maddesi uyarınca Adana Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kuruluna itiraz yasa yoluna başvurulması için inceleme dışı dosyalarda talepte bulunulmuş ise de, bu yöndeki taleplerimizin olumsuz sonuçlandığı; nitekim, Adana Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 28.12.2021 tarih 2021/391-180 sayılı kararı; 10.06.2021 tarih, 2021/221 savcılık muhabere nolu kararı; 27.12.2021 tarih, 2021/365-176 sayılı kararı; 16.11.2021 tarih, 2021/310-153 sayılı kararı; 17.01.2023 tarih, 2023/14-14 sayılı kararları ile Adana Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun, 21.11.2021 tarih, 2021/45 sayılı kararı ve 03.12.2021 tarih 2021/52 sayılı kararları ile 18.11.2022 tarih, 2022/80 sayılı kararlarında (EK-7) olduğu gibi İstinaf Ceza Dairelerinin bozma kararları, kesin nitelikteki kararlardan olmadığından, talebe konu kararlar hakkında CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen itiraz yoluna gidilmediği belirtilerek, kesin nitelikteki İstinaf kararları sonrasında CMK'nın 308/A maddesindeki itiraz yasa yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Yargıtay 9. CD'sinin 14.03.2022 tarih, 2022/24941 esas; 2022/2216 sayılı

kararında da (EK-8), değişik bölgelerdeki Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulları arasındaki içtihat uyuşmazlığını giderilmesine ilişkin kararında da, ..” bölge adliye mahkemesi bozma kararları, kesin nitelikte kararlardan sayılamayacağından, bozma kararlarına karşı CMK’nın 308/A anlamında yasa yoluna başvurulamayacağı”, belirtilmiştir.

3- 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesine göre de, sadece istinaf ve temyiz yasa yolu incelemesinden geçmemiş ilk derece mahkemesi kararlarına karşı, Kanun Yararına Bozma yasa yoluna gidilebileceği öngörüldüğünden İstinaf kararlarına karşı, kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceği tespit edilmiştir.

4- Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin, CMK’nın 289/1-e. maddesi yollaması ile CMK’nın 289/1-g-h maddelerinde belirtilen bozma yasağına aykırı olarak yapılan bozma kararlarına ilişkin verilen kararların temyizine ilişkin Yargıtay uygulamasına da bakıldığında;

6-8 Ekim 2023 tarihinde Antalya da Yapılan Yargıtay Ceza Dairesi üyeleri ile Katılımcı Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin katılımı ile Yapılan Çalıştay da Mutabık Kalınan Konularla ilgili Değerlendirme Raporunda da (EK-9), Bölge Adliye Mahkemelerini Bozma yetkisinin oldukça sınırlı olup, yetkinin aşılıarak bozma kararı verilmesi halinde, ilk derece mahkemesince kurulan hükmün istinaf edilmesi ile BAM. Kararının temyize geldiğinde son BAM. Kararı ile ilk derece mahkemesi kararlarının yok hükmünde olduğu kabul edilip, ilk BAM. kararı hakkında bozma kararı verildiği, belirtilmiştir.

Uygulamada Yargıtay Ceza Daireleri kararlarına bakıldığında ise, bu konuda çelişkili kararlar söz konusu olduğu;

Yargıtay 1. CD'sinin 10.03.2021 tarih, 2020/3670 esas, 2021/3758 sayılı kararında (EK-10)

"... CMK 280/1-e maddesinde Bölge Adliye Mahkemelerinin duruşma açmaksızın hükmün bozulmasına karar verebileceği hallerin sınırlı olarak sayıldığı, söz konusu dosya içeriğinde, ilk derece mahkemesi kararının İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 22.12.2017 gün ve 2017/1092 Esas 2017/1072 Karar sayılı kararı ile duruşma açılmaksızın sanıklar aleyhine suç vasfı yönünden bozulmasına karar verildiği, oysa bu hususun sınırlı olarak sayılan bozma nedenleri arasında gösterilmediği, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin duruşma açarak karar vermek yerine bozma kararı vermesinin ve bu bozmaya dayanarak İlk Derece Mahkemesinin yeniden hüküm kurmasının yasal dayanağı bulunmadığından gerek anılan bozma kararının ve gerekse İlk Derece Mahkemesince ikinci kez verilen kararın yok hükmünde sayılması gerektiği, " yine Yargıtay 1. CD'sinin 24.09.2019 tarih 2019/2249 esas, 2019/3889 sayılı benzer kararında da, bu düşüncüyü teyit etmiştir.

Benzer düşünce ile Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 09.06.2022 tarih, 2022/599 esas, 2022/6476 sayılı kararında da (EK-11),

"Bölge Adliye Mahkemesince verilen temyiz isteminin reddine ilişkin ek karar ile istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin asıl karar temyiz edilmekle dosya incelendi;

Sanığın ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan 5237 sayılı TCK'nin 257/2, 62, 51. maddeleri gereğince 2 ay 15 gün erteli hapis cezası ile cezalandırılmasına dair Erzincan 1. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17/12/2020 tarihli ve 2020/253 Esas, 2020/245 sayılı mahkumiyet Kararının, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesince bozularak ilk

derece mahkemesine gönderilme- sinden sonra anılan karara direnme yetkisi olmayıp, kanunen uyma zorunluluğu bulunan mahkemece bozma kararı doğrultusunda sanığın denetim görevinin ihmali suçundan TCK'nin 251/2, 62, 51. maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün erteli hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 15/06/2021 tarihli ve 2021/212 Esas, 2021/267 sayılı Kararın verildiği, somut olayda hükmün gerekçe içermemesi ve hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması hallerinden birinin bulunmamasına ve Bölge Adliye Mahkemesince CMK'nin 280/1-e-f maddelerinde düzenlenen durumların söz konusu olmamasına rağmen kararın hukuka aykırı olarak bozulup ilk derece mahkemesine gönderildiği, bu kararın CMK'nin 280/1. maddesine göre Bölge Adliye Mahkemesince verilmesi gereken karar olarak kabulünde zorunluluk bulunduğu, bu şekilde verilen hükümlerin ilk derece mahkemesi kararı niteliğinde bulunduğu kabulü halinde tarafların var olan temyiz haklarının ellerinden alınmış olacağı, keza bozmadan önce ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılan sanığın bozma gereğince üst sınırı daha yüksek olan denetim görevinin ihmali suçundan cezalandırıldığı ve suç vasfının sanık aleyhine değiştiği, bu itibarla mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda kurulan yeni hükmün CMK'nin 286/1. maddesi uyarınca temyizden incelenmesinin Anayasa'nın 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddelerinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğu anlaşılmakla, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesince verilen 11/11/2021 tarihli temyiz isteminin reddine dair ek kararın kaldırılmasına ve esasın incelenmesine karar verildikten"

Yargıtay 9. CD'sinin 10.05.2022 tarih, 2021/13673 esas, 2022/4236 sayılı kararında da(EK-12);

"... Bölge Adliye Mahkemesince verilen hükümler temyiz edilmekle başvurunun muhtevası nazara alınıp, Dairemizin 2021/19929 ve 2021/27898 Esaslarında kayıtlı bağlantılı dosyalarla birlikte yapılan değerlendirmede dosya tetkik edildi.

Soruşturma evresine ait evrakların mevcut dosya ile bağlantılı olarak gönderilen ve Dairemizin 2021/19929 Esas sırasında kayıtlı dosyada mevcut olduğu anlaşılmakla tebliğnamede anılan hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.

Hükmün sanık ... müdafisince süresinde temyiz edilmesinden sonra sanığın inceleme aşamasında verdiği 27.04.2020 tarihli yazılı ifadesiyle temyizden vazgeçtiği anlaşıldığından, incelemenin sanık ... müdafisi, katılan Bakanlık vekili ve katılan mağdureler ... ile ... vekilinin temyizleriyle sınırlı yapılmasına ve ilk derece mahkemesinin mağdureler ... ve ...'ya yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı sanık ... hakkında mağdure sayısınınca tayin ettiği 3'er yıl hapis cezalarının esastan reddine dair karar yönünden, adı geçen mağdurelerle ilgili sanık hakkında verilen 25.07.2018 tarihli beraat kararının istinaf incelemesini yapan Bölge Adliye Mahkemesince beraat hükümlerinin hukuka aykırı olarak mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmasından sonra anılan karara direnme yetkisi bulunmayan ve kanunen uyma zorunluluğu bulunan ilk derece mahkemesince verilen mahkumiyet hükmünün aslında Bölge Adliye Mahkemesince verilmiş bir karar olarak kabulünde zorunluluk bulunduğu, esas olarak Bölge Adliye Mahkemesince beraat hükmünün mahkumiyet veya mahkumiyet hükmünün beraat olması gerektiği yönünde bozma kararı verilemeyeceği, bu tür kararların istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince verilmesi gereken kararlardan olduğu, bu şekilde verilen kararların ilk derece mahkemesi kararı niteliğinde bulunduğu kabulü halinde esasen tarafların var olan temyiz haklarının ellerinden alınmış olacağının anlaşılması karşısında, mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde kurulan yeni mahkumiyet hükmünün de temyizi kabil olduğu kabul edilerek gereği görüldü:

Katılan mağdureler ... ve ... vekilinin temyiz isteminin incelenmesinde;

5271 sayılı CMK'nın 294/1. maddesinde yer alan "Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır" şeklindeki düzenleme de gözetilerek yapılan değerlendirmede, katılan mağdureler ... ile ... vekilinin temyiz dilekçesinde herhangi bir temyiz sebebi göstermediği anlaşıldığından vaki temyiz isteminin aynı Kanunun 298. maddesi gereğince REDDİNE,

Sanık ... hakkında mağdure ...'e yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı, sanık ... hakkında mağdure ...'e yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı ile mağdure ...'ya karşı çocuğun cinsel istismarı ve sanık ... hakkında mağdureler ...ile ...'ya karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesine gelince;

5271 sayılı CMK'nın 288. ve 294. maddelerinde yer alan düzenlemeler nazara alınıp, aynı Kanunun 289. maddesinde sayılan kesin hukuka aykırılık halleri ile sanık ... müdafisi ile katılan Bakanlık vekilinin temyiz dilekçelerinde belirttikleri nedenler de gözetilerek yapılan değerlendirmede, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen inceleme neticesinde vaki istinaf başvurusunun esastan reddine dair kurulan hükümlere yönelik temyiz sebepleri yerinde görülmediğinden, sanık ... müdafisi ile katılan Bakanlık vekilinin temyiz istemlerinin 5271 sayılı CMK'nın 302/1. madde ve fıkrası gereğince esastan reddiyle hükümlerin ONANMASINA, dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 25. Ceza Dairesine gönderilmesine, 10.05.2022 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.",

Yargıtay 14. CD'sinin 04.03.2021 tarih, 2018/6371 esas, 2021/1851 sayılı kararında da(EK-13);

"... Her ne kadar ilk derece mahkemesinin mağdure ...'a yönelik müsnet suçtan dolayı sanık hakkında tayin ettiği 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezasının miktarı itibarıyla temyize tabi olmadığı şeklinde tebliğnamede görüş bulunmakta ise de, adı geçen mağdureyle ilgili sanık hakkında verilen 07.03.2017 tarihli beraat kararının istinaf incelemesini yapan Bölge Adliye Mahkemesince üzerine beraat hükmünün hukuka aykırı olarak mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmasından sonra anılan karara direnme yetkisi bulunmayan ve kanunen uyma zorunluluğu bulunan ilk derece mahkemesince verilen mahkumiyet hükmünün aslında Bölge Adliye Mahkemesince verilmiş bir karar olarak kabulünde zorunluluk bulunduğu, esas olarak Bölge Adliye Mahkemesince beraat hükmünün mahkumiyet veya mahkumiyet hükmünün beraat olması gerektiği yönünde bozma kararı verilemeyeceği, bu tür kararların istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince verilmesi gereken kararlardan olduğu, bu şekilde verilen kararların ilk derece mahkemesi kararı niteliğinde bulunduğu kabulü halinde esasen tarafların var olan temyiz haklarının ellerinden alınmış olacağının anlaşılması karşısında, mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde kurulan yeni mahkumiyet hükmünün temyizi kabil olduğu kabul edilerek gereği görüldü: ... " şeklindeki kararlarda, İstinaf Dairesinin tabi hakimlik ilkesine aykırı kararların temyiz incelenmesine tabi olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay Ceza Dairelerinin, Bölge Adliye Ceza Dairesinin kararının kesin olduğundan temyize tabi olmadığına dair, aksi kararında söz konusu olduğu; nitekim Adana 13. Asliye Ceza mahkemesinin 19.03.2019 tarih, 2016/9 esas, 2019/84 sayılı kararı ile TCK'nın 241, 245/1, 241, 142/2-h. maddelerinden cezalandırılması için haklarında dava açılan sanıkların, yapılan ilk yargılama sonucu ayrı ayrı CMK'nın 223/2-a-e. maddeleri gereğince beraatine karar

verildiği; kararın aleyhe istinaf edilmesi üzerine, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 8. CD'sinin, 11.01.2021 tarih 2019/1820 esas; 2021/44 sayılı karar ile (EK 14) yasal bozma sebebi olmayan eksik incelemeye dayanılarak, sanık ... hakkındaki karar, CMK'nın 280/1-e ve 289/1. maddesi gereğince kesin olarak bozulduğu; istinaf bozma ilamı doğrultusunda eksiklik giderilerek bu kez sanığın TCK'nın 142/h maddesinde düzenlenen, nitelikli hırsızlıktan beraatine; kredi kartının kötüye kullanılması suçundan ise sanığın, TCK'nın 245. maddesi gereğince mahkumiyetine karar verildiği; bu kararın istinaf edilmesi üzerine, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 8. CD'sinin 22.11.2022 tarih 2022/2758 esas; 2022/3107 sayılı karar ile mahkememiz kararına ilişkin İstinaf isteminin, kesin olarak reddine karar verildiği; bu kararın, tabi hakimlik ilkesine ve adi yargılama ilkesine aykırılık sebebiyle, temyiz yasa yoluna tabi tutulması gerektiği düşüncesiyle, CMK'nın 308/A. maddesine göre Bölge Adliye Mahkemesi Başsavcılığı itiraz yoluna gidilmesi talep edilmiş ise de, Adana Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca, 17.01.2023 tarihli cevabi yazı ile itiraz yasa yoluna gidilmediği belirtilmiştir. Sanığın İstinaf Dairesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurusu üzerine, Yargıtay 8. CD'sinin 07.02.2024 tarih, 2023/2239 esas; 2024/989 sayılı kararı (EK-15) ile İstinaf Dairesinin kararı, CMK'nın 286. maddesine göre kesin olduğundan, temyize tabi olmadığından, temyiz isteminin reddine karar verildiği, tespit edilmiştir

SOMUT DAVANIN ANAYASAYA AYKIRILIK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ:

Adana 13. Asliye Ceza mahkemesinin 23.11.2021 tarih, 2021/... esas, 2021/... sayılı kararının, istinaf edilmesi sonucu, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesinin, 11.10.2022 tarih, 2022/... esas, 2022/... sayılı kararı ile CMK'nın 280/1-e. maddesine dayanılarak CMK'nın 286/1. maddesine göre kesin olarak verilen bozma kararının Anayasa ve uluslararası sözleşmelere aykırılık gerekçeleri;

1-İstinaf Ceza Dairesinin bozma kararında, sanığın sübut bulunduğu kabul edilen TCK'nın 79/1-b. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunda,

Geçici koruma kimlik belgesi olmayan, düzensiz göçmen olarak değerlendirilen ve yakın tarihlerde ülkeye yasa dışı yollardan giren göçmen sayısı belirlendikten sonra TCK'nın 61 ve 3/1. maddelerinde düzenlenen ölçüt ve ilkeler çerçevesinde suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, suçtan sonraki davranışları, güttüğü amaç ve saik ile sübutu kabul edilen eylemin niteliği de gözetilerek, sanık hakkında temel cezanın alt sınırdan makul düzeyde uzaklaşılarak tayini yerine yazılı şekilde fazla uzaklaşılması suretiyle temel ceza tayini karar verilmesine dayanan bozma kararının, ilk derece mahkemesi olarak Anayasanın 138 ve 140. maddesi çerçevesinde görev yapan mahkememizin, mevzuat ve içtihatlar nazara alınarak delil takdiri suçun sübut ile ceza miktarının tayinine ilişkin mahkumiyet kararının yerine, İstinaf Dairesince duruşma açılarak, bizzat dairenin takdir edeceği ceza miktarı belirleme imkanı bulunduğu; mahkememizce, 5 yılın altında ceza miktarı vermeye zorlanması durumunda; yasal dayanaktan yoksun bozma kararı sonucu dosyaya bakmak zorunda kalan ilk derece mahkemesinin, CMK'nın 284. maddesinde öngörülen direnme yasağı sebebiyle, İstinaf kararına karşı direnemeyeceğinden; duruşma açarak yapılan yargılamada, İstinaf Ceza Dairesinin bozma kararı doğrultusunda, kendi hukuki kanaatinden farklı olarak ceza miktarını eksiltmesi halinde, Anayasanın 138. maddesi ile 140/2. fıkra uyarınca mahkemelerin bağımsızlığı ile Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılama ile hak arama hürriyeti ihlal edilmesi söz konusu olacaktır

2- İstinaf Ceza Dairesinin bozma kararı, 5271 S. CMK'da İstinaf Ceza Daireleri için öngörülen bozma sebepleri ile ilgili CMK'nın 289. maddesinde öngörülen sınırlı sayı ilkesine aykırı olarak bozma sebebi belirtilmediğinden, Anayasanın Anayasanın 140/2. fıkrası ile CMK'nın 232. maddesine aykırı olduğu,

3- İstinaf Ceza Dairesince bozma sebebi belirtilmeyerek, İstinaf Ceza Dairesi yerine mahkumiyet kararı vermeye ilk derece mahkemesinin zorlanması halinin, yasada yazılan bozma sebebi dışına çıkılarak, sebepsiz bozma kararı verilmesinin; İstinaf Dairesinin yasal olarak CMK'nın 280. maddesine göre duruşma açarak bizzat karar vermesi gerektiğinden, İstinaf Dairesinin hukuka aykırı olarak davaya bakacak mahkemeyi değiştirerek, ilk derece mahkemesini yetkili kılması halinin İstinaf Ceza Dairesince, görevli mahkeme olarak görevini yapmaktan kaçınması, yasal olarak dosyaya bakmaması gereken ilk derece mahkemesini görevli kılarak, üst dereceli mahkemenin denetiminde yargı merciini değiştirilmesine neden olduğundan, Anayasanın 37. maddesinde öngörülen tabi hakimlik ilkesinin ihlaline neden olmuştur.

4- İstinaf Ceza Dairesinin yasal dayanaktan yoksun bozma kararından sonra, İlk derece mahkemesince sonradan İstinaf bozma ilamı doğrultusunda, İstinaf dairesi yerine vereceği karar, sonradan ilk derece ceza mahkemesi kararı istinaf edilmesi ile dosya İstinaf Ceza Dairesinin önüne geldiğinde, ilk derece mahkemesi tarafından ilk kez verilmiş hüküm gibi kabul edildiğinden, kararın CMK'nın 286/1. maddesine göre temyiz edilmesi halinde, ilk derece mahkemesi kararına yönelik istinaf talebi (karar İstinaf Dairesinin istediği doğrultuda veya kendi duruşma açsa idi vereceği karar gibi karar verildiğinden) ret edilerek, kesin hüküm verilmesine neden olunmakta; bu durumda da, davanın tarafları olan sanık veya iddia makamının, dosyanın Yargıtayda temyiz'en incelenmesini sağlama yönündeki hakları yani temyiz hakkı ihlal edilerek, adil yargılama hakkı ile ilgili Anayasanın 36. maddesi ile Anayasanın 90. maddesine göre, 25.03.2016 tarihi itibarıyla iç hukukumuzun bir parçası hâline gelen AİHS'nin Ek 7 numaralı Protokolü'nün "Cezai Konularda Temyiz Hakkı" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında; "Mahkeme tarafından ceza gerektiren bir suç nedeniyle mahkum edilen herkes, mahkûmiyetinin veya hükmolunan cezanın yüksek bir mahkeme tarafından yeniden incelenmesini sağlama hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımı, kullanımın dayanakları dâhil kanunla düzenlenir." hükmüyle yine Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin 5. fıkrasında da; "Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkumiyet ve cezanın yasalara uygun olarak daha yüksek bir yargı organınca yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır" şeklindeki düzenlemelerin ihlal edildiği, kanaatine varılmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesince, CMK'nın 286/1. maddesine dayanılarak yasaya aykırı olarak bozma kararı verilmeyip, mevzuat ve Yargıtay içtihatlarına göre CMK'nın 280/1-g maddesine göre duruşma açılarak, bizzat kendisince mahkumiyet hükmü kurması halinde, İstinaf dairesinin kararı, CMK'nın 286/1. maddesine göre temyize tabi olacağı; istinaf dairesince verilmesi gereken karar, tabi hakimlik ilkesine aykırı olarak bizzat ilk derece mahkemesince verilmesi halinde ise dosyanın tarafların temyiz hakkının engel olunarak, istenmeden de olsa yasa yolu değiştirilerek, adil yargılama hakkı ve tabi hakimlik ilkesine ve AİHS'nin Ek 7 numaralı Protokolünde öngörülen, "Cezai Konularda Temyiz Hakkı" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrası ile Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin 5. fıkrasına aykırılık söz konusu olacaktır. İstinaf Ceza Dairesinin verdiği bozma kararı, bu sebeplerle davanın tarafların anayasal ve yasal temyiz hakkına engel olduğu kanaatine varılmıştır.

Sonuç olarak, İstinaf Ceza Dairesinin, CMK'nın 289. madde yollaması ile CMK'nın 280/1-e maddesine aykırı olarak, bizzat duruşma açmamak için yapılan usulsüz bozma kararı sonucu ilk derece mahkemesince, İstinaf Ceza Dairesi yerine 5 yılın altında temyiz incelemesine tabi olmayacak karar vermeye zorlanması ve verilecek karar sebebiyle davanın taraflarının temyiz hakkına engel olunması sebebiyle, Anayasanın 36. maddesi ile Anayasanın 140/2. maddesinde düzenlenen adil yargılanmak hakkı ve mahkemelerin bağımsızlığı; Anayasanın 37. maddesinde düzenlenen tabi hakimlik ilkesi ile davanın taraflarının CMK'nın 286/1. maddesine göre temyiz hakkına bu çerçevede dosyanın üst dereceli yargı merciinde görülmesini isteme hakkına engel olunduğundan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Ek 7. Protokolünün 2. maddesinin 1. fıkrası ile Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin 5. fıkrasının ihlal edildiği; bozma maddesi olarak belirtilen CMK'nın 286/1. maddesinin, yukarıda belirtilen anayasal ve yasal maddelere aykırılık oluşturduğu kanaatiyle, 1982 Anayasanın 152. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 40. maddesi gereğince Anayasa ya aykırılık düşüncemiz hakkında karar verilmek üzere, dosyanın (EK-16-Dosyanın sureti) bir suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

HÜKÜM: Nedenleri yukarıda açıklandığı üzere

1-Sanık hakkında, göçmen kaçakçılığı yapmak suçunu işlediği iddiasıyla TCK'nın79/1-a maddeleri gereğince cezalandırılması talebiyle açılan kamu davasında; Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1. CD'sinin11.10.2022 tarih, 2022/ karar sayılı bozma kararında, 5271 sayılı CMK'nın 289. maddesinde öngörülen bozma sebeplerine aykırı olarak CMK'nın 289/1-g maddesi yollaması ile CMK'nın 280/1-e madde ve fıkrasına dayanan eksik araştırma ve yetersiz incelemeye (gerekçesizlik) dayanarak, sanık hakkında kurulan hükmün 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 280/1. maddesi gereğince bozulmasına 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 286/1. maddesi gereğince kesin olmak üzere verilen bozma kararında ;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun Temyiz başlıklı 286. maddesinin 1. fıkrasının; " Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir", şeklindeki düzenlemesinin;

2709 sayılı 1982 Anayasasının, Hak Arama Hürriyet Başlıklı 36. maddesi; Tabi Hakimlik ilkesi ile ilgili Kanuni Hakim Güvencesi Başlıklı 37. maddesi; Mahkemelerin Bağımsızlığı ile İlgili 138. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmakla;

1982 Anayasasına aykırı olduğu düşünülen, 5271 sayılı CMK'nın 286/1. madde ve fıkrası ile ilgili Anayasa Mahkemesince Anayasanın 152/3. fıkrası gereğince karar verilene kadar, mahkememize açılan KAMU DAVASININ, CMK'NIN 223/8. FIKRASI UYARINCA DURMASINA,

Anayasa Mahkemesince karar verildikten sonra dosyanın resen ele alınmasına,

Sanık müdafî ile C. Savcısının huzurunda, malen sorumlu ve vekilinin yokluğunda, açık duruşmada, 1982 Anayasanın 152. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 40. maddesi gereğince karar verildi.”