

A) K A M U H U K U K U

KANUNYOLLARININ CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDAKİ YERİ

Yazan: Prof. Dr. Öztekin TOSUN

İçindekiler: Giriş. 1 — Mevzuat bakımından durum. 2 — Doktrin bakımından durum: Hakim kararlarına karşı hukukî çareler: A — Yargısal olmayan çareler: a) Yasama çaresi. b) Yürütme çaresi. c) İdarî çare. B — Yargısal çareler: a) Kanunun kanunyolları olarak düzenlediği yargısal çareler yahut sadece kanunyolları. b) Kanunun kanunyolu adını vermediği yargısal çareler. Sonuç.

GİRİŞ

Kanunyollarının ceza muhakemesindeki yerini tespit etmeden önce çok kısa olarak, bunların mahiyeti, gayesi ve fayda ve sakıncaları üzerinde durmak istiyoruz.

Kanunyolları, bir yargılama makamının kararının yanlış olduğu iddiası üzerine bu kararın bir daha yargılama konusu yapılmasına imkân veren muhakemelerdir. Bu muhakemede sanık, tabir caizse, kanunyoluna gidilen karar olmaktadır.

Yargılama makamlarının vermiş oldukları kararların uyumsuzluğa bir son vermesi özellikle ceza muhakemesinde önemlidir; çünkü, ceza muhakemesinde çabukluk cezanın gayeleri arasındaki ibret (korkutma) ve toplumu tatmin (doyurma) gayelerinin gerçekleşmesine de yardım etmektedir. Bu bakımdan, hakim kararlarında yanlışlık bulunduğu iddiası ile bu kararların tekrar tekrar ele alınması ve uyumsuzluğun çözümlenmesinin sürüncemede kalması cezanın gayelerinin gerçekleşmesini önleyici bir rol oynamaktadır. Fakat ne çare ki, hu-

kukta kesinlik zorunluluğu diye özetlenebilecek, uyuşmazlıklara bir an önce son verilmesini gerektiren fikirler karşısında, kararlarda yanlışlık olmasını kabul etmeyen adalet zorunluluğu bulunmaktadır. Adalet zorunluluğu da yargılama makamları kararlarının gerçeğe uygunluğunu gerektirmektedir. Bazı yazarlar, kararda yanlışlık bulunması halinde bu iki zorunluluğun farklı davranışı gerektirdiğini düşünmektedirler. Onlara göre, hukukta kesinlik bir an önce muhakemenin bitmesini, adalet ise yanlışlığın düzeltilmesini gerektirmektedir; bu durumda da kanun yolunun gayesi bir haksızlığı giderme veya bir zararı onarma değil, kararın adalete uygunluğunu sağlamaktır¹. Biz, haksızlığı giderme veya bir zararı onarma gayesi ile adalet gayesi arasında nasıl bir ayrılık bulunduğunu anlayamamaktayız. Eğer varsa bir haksızlığı giderme veya bir zararı onarma da adalet gereği değil midir? Ayrıca, kanun yolu ile adalete uygunluğun sağlandığı, haksızlığı giderme veya bir zararı onarmanın ikinci plânda olduğu hakkındaki bu görüş, kanaatimizce, mevzu hukuk tarafından yalanlanmaktadır. Şöyle ki, bir çok kanunlar ve kanunda açıklık olmadığı hallerde de yazarlar, kanun yolu davasını açabilmek için menfaatin muhtemel olmasını şart koşmaktadırlar. Menfaat olmayan hallerde sırf adalete uygun olması için bir alay işlem yapılması tecviz olunmamaktadır. Bu bakımdan, kanun yolları ile sadece adaletin gerçekleştirilmesine çalışılmadığı, bir menfaatin ihlâlinin önlenmesinin söz konusu olduğu kabul edilmek gerekmektedir. Bellavista'nın belirttiği gibi, kanun yoluna başvurmanın ön şartı yargılama makamının kararından doğan bir menfaat ihlâli (svantaggio)'nin bulunması ise, kanun yolunun gayesi bu kararın muhakeme yapılarak kaldırılması suretile bu menfaat ihlâlinin giderilmesidir². Kanunumuzda, İtalyan kanununda olduğu şekilde menfaatin ihlâl edilmesi şartı gösterilmiş değilse de, durumun farklı olacağını yanı sıra dava açmak durumunda olanın kanun yoluna menfaati olmadan veya menfaatine aykırı olarak başvurabileceğini kabul edememekteyiz³. Muhakemelerin uzamasından şikâyet edilen zamanımızda, böyle bir yorumun bu şikâyetleri arttırmıyacak bir çözüm şekline uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Kanun yollarının fazlalığının muhakemelerin çabuk sonuçlanmasını önliyeceği, az olmasının ise adalet bakımından bir bunalıma işa-

1) VELOTTI, Giuseppe: Manuale di procedura penale. Roma, 1965, sh. 312.

2) BELLAVISTA, Girolamo: Lezioni di diritto processuale penale. Milano, 1960, sh. 345.

3) Aksi fikir için, KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku. İst. 1967, sh. 643, 647.

ret olduğu söylenmiştir⁴. Bu sonuncu görüş prensip olarak doğru ise de, Ortazamanlarda kanunyollarının tahkik sistemi gereğince çok mübalâğalı bir şekilde fazlalaşmış bulunmasının o zamanki adaletle orantılı olup olmadığı üzerinde düşünülmelidir. İtham sistemine bağlı ülkelerde uzun süre, yargılama makamlarının faaliyetinin halk kontrolünde olduğu kabul edildiğinden ayrıca hakim kararları aleyhine kanun yoluna başvurarak başka hakimlerin bu kararı muhakeme etmesi kabul edilmemiştir. Buna karşılık, tahkik sistemine bağlı bir muhakemede, halk kontrolü yerine devlet kontrolü geçmiştir. Bu yüzden hakimlerin verdiği kararların bir defa, hatta bazı hallerde birden fazla defa başka hakimlerin kontrolüne açık bulundurulması uygun görülmüştür. Bu suretle, sadece en sonra işi ele alan yargılama makamının bir sanığı beraat ettirmesine imkân verilmiş, sanığın suçsuzluğu hakkında daha önce verilen kararların infazına taraflı olunmamıştır. Toplum faydası üstün tutularak ferd hürriyeti için çok zararlı bu hükümler 18. yüzyıl cezacılarınca (meselâ, Muyart de Vouglans, Jousse) iyi görülmüştür⁵. Sonuç olarak kanunyollarının çok gelişmiş olması mutlak idarelerin işine gelmiş, bu suretle aşağı dereceli hakimlerin üzerinde daha üst hakimlerin kontrolü sağlanmıştır. Hatta başlarda kanun yoluna başvurulması üzerine, şimdi olduğu gibi kararın değil, fakat kararı veren hakimin hedef tutulduğu ve onun yüksek hakimler huzuruna çıkarılıp adeta hesap verdiği tespit edilmiştir. Tahkik sistemi içinde kanunyollarının yerinin fazlalığı, itham sistemi içinde ise bu yolların daha az olması, itham sistemine bağlı bir muhakemede sanığın garantilerinin daha fazla olması, tahkik sisteminde ise bu garantilerin eksikliğinin kanunyolları mekanizması ile giderilmeye çalışılması ile açıklanabilir. Bu en iyimser bir yorum olabilir. Başka türlü bir açıklama da tahkik sisteminin uygulandığı siyasî rejimlerde, aşağı dereceli hakimlerin daha üst dereceli hakimlerin kontrolünde tutulmasının kanunyolları mekanizması ile gerçekleştirilebileceğidir. Engizisyon mahkemeleri devrinde hakimleri bu şekilde derecelendirmek suretile onları yukardan idare etmek yoluna gidilmiş olabileceği düşünülebilir. Kısacası, kanunyollarının bulunduğu ve çok geliştirildiği yerlerde muhakkak daha adil olunacağını düşünmek yerinde değildir. Her iyi alet gerektiğinde kötü kullanılabilir. Ayrıca, bozuk düzen bir adliye çalışması kanunyollarının fazla olmasını da gerektirmiş olabilir. Meselâ, başka ülkelerde bulunmayan

4) MERLE, Roger - VITU, André: Traité de droit criminel. Paris, 1967 sh. 1165.

5) STEFANI, Gaston - LEVASSEUR, Georges: Procédure pénale. Paris, 1959, sh. 55.

bazı kanunyollarının (olağanüstü itiraz ve karar düzeltilmesi yollarının) bizim ülkemizde kabul edilmesi, Yargıtayın üzerine düşen ödevleri gereği gibi iyi yapamaması ile açıklanmıştır⁶. Bu açıklamayı yapan Taner, çare olarak İstinaf derecesinin yeniden kurulmasını isterken yine kanunyolu ile işi sonuçlandırmakta isede, işi ta hazırlık soruşturmasından düzenlemek, özellikle bu soruşturmayı ehil ellere vermek suretile işleri azaltmak da akla gelmektedir.

1 — Mevzuat bakımından durum :

Ceza Muhakemeleri Usûlü kanunumuz, kanunyolları başlığı altında itiraz ve temyize yer vermiştir. Kanunun deyimine ve sistematığına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, bunlara bu «Üçüncü Kitap»'ta yer alan olağanüstü acele itiraz (Cumhuriyet Başsavcısının itirazı) ve karar düzeltilmesi (tashihi karar) kurumlarını da eklemek mümkündür. Sistematik yorum bakımından durum bu olmakla beraber, «Dördüncü kitap»'ta yer alan sonsoruşturmanın yenilenmesi (iadei muhakeme) ve olağanüstü temyiz (yazılı emir) yollarının da kanunyolu olduğu genellikle kabul edilegelmektedir. Olağanüstü acele itiraz ve karar düzeltilmesi kanuna bizim tarafımızdan eklendiğine göre, mehz Alman kanunundan alındığı şekilde olsaydı, kanunyolu adı altında kanunumuzun sadece olağan dediğimiz kanunyollarını düzenlediği kabul edilebilecekti.

Fransada da, durumun buna benzediği söylenebilir; orada da kanun sadece bir kısım kanunyollarını bu ad altında düzenlemiştir. Kanunun «Üçüncü Kitap»'ı «Des voies de recours extraordinaires» başlığı altında temyiz ve sonsoruşturmanın yenilenmesine (iadei muhakeme) yer vermiştir. Kanunun olağanüstü (extraordinaires) kanunyolları demesine bakılarak, bunların bizim anladığımız anlamda olağanüstü kanunyolu olduğu yani yargı halini almış kararlara karşı gidilen konunyolları olduğu sanılmamalıdır. Fransızlar ancak belli sebeplerle gidilebilen yollara olağanüstü adını vermişlerdir; bu bakımdan onlardaki (olağan - olağanüstü) ayırımı sonuçta (sebepleri kanunda gösterilmiş - gösterilmemiş) şeklinde bir ayırımı dönüşmektedir⁷. Her ne kadar kanundaki sistematığa göre, sadece temyiz ve son soruşturmanın yenilenmesi kanunyolu olarak görülmekte isede,

6) TANER, Tahir: Ceza Usul Hukuku. İst. 1955, sh. 394/395.

7) Fransızların bu ayırımının bizdekinden farkı hakkında, bk. TANER, Tahir: Ceza Muhakemesi Hukuku. İst. 1955, sh. 355.

doktrinde yazılı emir (m. 620-621), istinaf (m. 496-520; 546-549), gıyapta verilen karara karşı koyma (opposition ve purge de la contumace) (m. 489) da kanunyolu olarak kabul edilmiştir⁸. Her ne kadar ne kanunda ne de doktrinde bizde olduğu gibi itiraz adlı bir kurumdan söz edilmemişse de, istinaf (= appel) adı altında bu kurumun da kanunun bazı yerlerinde görüldüğü söylenmelidir. Gerçekten, kanun, sorgu hakimlerinin kararlarının istinafı derken (m. 185-187), bundan anlaşılması gereken, bizim kanunumuzdaki itiraz olmak gerekmektedir. Şurada burada da itiraza benzer hükümler ayrıca serpiştirilmiş görünmektedir. Meselâ, tutukluk haline son verme kararına karşı savcılığın yapabileceği itiraz yine istinaf kelimesile ifade edilmiştir (bk. m. 501 ve arkası).

İtalyada kanunyolları muhakemesi (Del giudizio sulle impugnazioni) adı altında, kanun, üçüncü kitabının üçüncü başlığında istinaf, temyiz, son soruşturmanın yenilenmesi kurumlarına yer vermiştir. Temyiz de olağan ve olağanüstü (m. 528) diye iki kısma ayrılmıştır. Tıpkı Fransada olduğu gibi, İtalyada da itiraz kurumu ayrıca düzenlenmemiş görünmektedir. Fakat, yine Fransada olduğu gibi, İtalyan kanunkoyucusunun da istinaf adı altında ara kararlara ve sorgu hakimi kararlarına karşı bir kanunyoluna imkân tanıdığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, istinafı tanımlayan maddesinde (m. 511), kanun, son soruşturmada verilmiş kararlar aleyhine bu yola gidileceği kaidesini koyarken, bu yola gidilmesi için özel hüküm koyulmuş halleri istisna etmiştir (m. 511/son). Bu sayede, kanun hangi hallerde sorgu hakimi kararlarına, bu arada meselâ, önsoruşturmada savcının tutukluk kararı isteğinin reddi kararına (m. 263), tutukluğa son verme kararına (m. 280, 281), son soruşturmanın açılmaması kararına (m. 387, 395 ve 399) itiraz edileceğini göstermektedir. İtalyada tutma kararlarına karşı Yargıtaya gidilmektedir (m. 272 bis, 281). İtalyan Yargıtayı, son soruşturmada son karardan önce verilmiş ara kararların kaide olarak son kararla birlikte temyiz edilebileceğinden söz eden 200. maddeyi yorumlarken, bu arakarar hakkında mütaleaların derhal ileri sürülmesini kabul etmiştir ki⁹, bu bize arakararlara karşı son soruşturmada itirazı hatırlatmaktadır.

İtalyada kanun sadece kanunyollarından söz ederken, doktrinde bunların olağan ve olağanüstü şeklinde ayrılması adet olmuştur.

8) MERLE - VITU: a.g.e., sh. 1165 v.d.

9) VELOTTI, Giuseppe: a.g.e., s. 314.

Mukayeseli mevzuata attığımız bu kısa bakış bize şunu göstermektedir ki, kanunyolları konusunda kanunlar birbirine uygun bir durum göstermemektedir. Bazan aynı terim farklı anlamlarda kullanılmaktadır; meselâ, olağanüstü kanunyoluna Fransada ve İtalyada kanunlar aynı anlamı vermemektedir; Fransız olağanüstü yol derken, temyizi de anlamakta, İtalyan ise temyizi olağan saymakta, bunun için yazılı emire olağanüstü temyiz (ricorso straordinario) adını vermektedir. Bunun gibi, bazan da aynı terim içinde bir ülkede iki ayrı kurumun düzenlediği görülmektedir; meselâ, gerek Fransada, gerekse İtalyada (Appello = istinaf) terimi hem istinaf hem de itiraz anlamında kullanılırken, Alman ve Türk doktrini bunları, bizce daha doğru olarak, iki ayrı adla birbirinden ayırmaktadır. Bu karışıklık içinde aynı kurumların bir çok ülkelerde bulunduğu, fakat bunları tespitinin hiç de kolay bir iş olmadığı anlaşılmaktadır.

Kanunyolları hakkında bu kısa genel bilgilere son verirken bir noktaya da değinmek gereğini duyuyoruz. Bazı yazarlar kanunyolu davası üzerine muhakeme yapacak hakimin muhakkak başka bir hakim olması gerektiğini, bu bakımdan kanunyollarına başvurmanın bir tesirinin de muhakemenin başka hakime devredilmesini gerektiren devredici tesir (= effette devolutivo) olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁰. Buna karşılık, meselâ Leone kanunyollarının bir kısmında bu tesirin bulunduğunu, bir kısmında ise bulunmadığını yani bazı kanunyollarında başka hakimin bazılarında ise aynı hakimin yargılama yaptığını belirtmektedir. Ona göre, başka hakimin yargılama yapması durumunun sebebi tarihseldir. Başlarda hakimin vermiş olduğu karardan çok kendisi ile uğraşmıştır. İlgilinin yaptığı başvurma üzerine hakim daha üst bir makam önünde kendi kararını müdafaa etmeğe çağırılmaktadır. Meselâ, Roma hukukunda «appellatio» hakim hakkında şikâyet olarak kabul olunmuş ve mahkûm ile hakim arasında adlî bir münazaraya (certatio) yer vermiştir. Germen hukuku bu durumu şöyle böyle kabul etmişken, Kilise kanunları tam olarak gerçekleştirmişdir¹¹. Leone'nin bu açıklaması gözönünde tutulduğun-

10) Bu fikirde olanlar, İtalya'da meselâ, Manzini, Vincenzo: Trattato di diritto processuale penale Italiano, cilt IV, Torino, 1949, sh. 442; DE MAURO, G.B.: Manuale di diritto processuale penale. Roma, 1959, sh. 199; DEL POZZO, Carlo Umberto: Le impugnazioni penali. Parte generale, Padova, 1951, sh. 116; SABATINI, Guglielmo: Principi di diritto processuale penale, cilt I, Catania, 1948, sh. 36. Türk hukukunda Üstündağ'ın da bu kanıda olduğu görülmektedir; bk. ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medenî Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tanhkim. İst. 1968, sh. 15.

da, zamanla, hakimın değil fakat kararının üzerinde inceleme ve kontrol yapılması yönünde bir gelişme olduğu kabul edilmelidir. Bu suretle zamanla kanunyollarında incelemenin hakimi değil, fakat kararın konu alması sebebiyle, yüksek hakimden, başka hakimden aynı hakime doğru kaydığını söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, kanunyollarına başvurulduğunda, bugünkü mevzuata göre, bazan aynı hakim (meselâ, sonsoruşturmanın yenilenmesinde, ilksoruşturmanın yenilenmesinde, Yargıtay kararlarının düzeltilmesinde), bazan aynı derecede başka hakim (ağırceza kararlarına itirazda), bazan yüksek hakim (olağan ve olağanüstü temyiz ve genellikle itirazda) yargılama yapabilmektedir.

2 — Doktrin bakımından durum : Hakim kararlarına karşı hukukî çareler

Kanunyollarının hakim kararlarındaki yanlışlıkların düzeltilmesi veya kararın gerçek duruma uymadığının tespit edilmesi için bir «çare» olduğu genellikle kabul olunmaktadır. Kanaatimizce, bu «çare» terimi üzerinde durmak ve onun ne olabileceğini tespit etmek uygundur. Hakim kararlarının yanlışlık veya gerçeğe uygun olmama sebebiyle ortadan kaldırılması veya yerine doğru veya gerçeğe uygun kararın verilebilmesi için başvuru yollarına çare denince, bunların bir kısmının yargısal, bir kısmının da yargısal olmadığı görülmektedir. Yargısal çarelerde gerekli incelemeyi bir yargılama makamı yapmaktadır ve çareyi de o bulmaktadır; yargısal olmayan çarelerde ise bu iş yasama veya yürütme organında yapılmaktadır. Önce bu son kategori üzerinde durarak, daha sonra yargısal çarelere gelmek istiyoruz.

A — Yargısal olmayan çareler

Anayasamız, 132. maddesinin son fıkrasında «Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez» şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm karşısında, yargısal olmayan çarelerden nasıl söz edilebileceği üzerinde durulabilir.

11) LEONE, Giovanni: Trattato di diritto processuale penale. Cilt III, Napoli, 1961, sh. 11/12.

a) Yasama çaresi

Anayasadaki bu hükme rağmen, bazı hallerde yasama organının bir mahkeme kararının gerçeğe uymaması durumunu görerek, bu duruma bir çare bulabildiği görülmektedir. Anayasanın bir maddesine göre (m. 64), yasama organı, genel veya özel af ilân ederek, kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar vererek mahkemelerce verilmiş kararların yerine getirilmemesi sonucunu doğurabilmektedir. Bu suretle Anayasamızın, 132/son'da koymuş olduğu hükme bu 64. maddede bir istisna tanıdığı kabul edilmelidir. Bu suretle hukuk düzenimizde yukarda belirttiğimiz «çare»'lerden «yasama çareleri»'ne yer verilmiş olduğu söylenebilir.

b) Yürütme çaresi

Anayasamızın, hakim kararlarına karşı yürütme organına bir yetki tanıyıp tanımadığı üzerinde de durulabilir. Yukarda işaret ettiğimiz gibi, prensip olarak yürütme organı hakim kararını yerine getirmek mecburiyetindedir. Bunun istisnası olarak, aynı anayasanın 97. maddesinin son fıkrasında Cumhurbaşkanının belli sebeplerle mahkemelerce verilmiş kararlar üzerinde durmasına izin verilmiştir; şöyle ki, sürekli hastalık, sakatlık, kocama sebebiyle Cumhurbaşkanının belirli kişilerin cezalarını hafifletebilmesi veya kaldırabilmesi kabul edilmiştir. Bu durumda, bu yetkinin «yürütme çaresi» olarak işleminin mümkün bulunduğu, hukuk düzenimizde bu çeşit çarelerden de söz edilmemiş bulunduğu kabul edilmemek gerekmektedir, kanaatindeyiz.

c) İdarî çare

İdarenin hakim kararları karşısındaki durumu bakımından yukarda değindiğimiz Anayasanın 132. maddesinde aynı prensip bulunduğundan, idarenin hakim kararlarını aynen uygulaması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bu kaidenin istisnalarını aramağa kalktığımızda, verilmiş olan hakim kararlarının lehe veya aleyhe olmasına göre bir ayırım yapılması gerektiğini görmekteyiz. Şöyle ki, savcı mahkeme kararını yerine getirmekle ödevlidir; fakat bazı hallerde sanık veya mahkûm lehine olarak mahkeme kararını, uygulamaktan alıkoyduğu veya geciktirdiği görülmektedir. Hazırlık soruşturması sırasında bir sulh hakiminin vermiş olduğu tutuklama kararını savcı infaz etmiyebilmektedir. Gerçekten Ceza Muhakemeleri Usûlu kanunumuzun 126. maddesine göre, savcı kamu davasını açmadığı veya sanığın tutuklu bulunmasını gerekli görmediği takdirde tutuklama

kararı hükümsüz kalmaktadır. Bu durumda, hakimın verdiği bir kararı savcı uygulamaktan alıkoymakta, kaldırmaktadır¹². Kanunun hazırlık çalışmalarından anlaşıldığına göre, tutukluk kararının kaldırılması için işi sulh hakimine göndermek lüzumsuz bir formalite sayıldığından, bu hallerde verilmiş kararın kendiliğinden düşmesi daha kestirme ve amelî bir usul olarak kabul edilmiştir¹³. Kanaatimizce, bu düşünce 126. maddenin ancak bir kısmı hakkında doğru olmalıdır; şöyle ki, savcı kamu davasını açmadığı takdirde, açılmamış bulunan davaya bakılamıyacağından, sanık muhakeme edilmeyeceğinden, tutuk bulunması da dayanaksız kalmaktadır; bu durumda, hem sanığı salıvermek için evvelce sulh hakiminin vermiş bulunduğu tutukluk kararının yine sulh hakimince kaldırılmasını şart koşturmak, dendiği gibi, «lüzumsuz bir formalite» olur. Fakat, savcı henüz kovuşturamama kararı vermediği hallerde, acaba aynı şekilde düşünmek mümkün müdür? İlk halde muhakemenin yapılmayacağı hakkında, idarî de olsa, bir kararname vardır; ikinci halde ise olmayan budur. Bu durumda da aynı şekilde hareket edilip edilemeyeceği kanunun 1936 hazırlık çalışmaları sırasında münakaşa konusu edilmiş, adliye encümeni aynı şekilde hareket edilebileceği hakkında çoğunlukla bir karara varmıştı¹⁴. O zaman Anayasanın 132. maddesindeki hüküm bulunmadı-

12) Buna benzer durumlara da Ceza Kanununun 12. maddesinde, Ceza Muhakemeleri Usûlü kanununun 399. ve 400. maddelerinde rastlanmaktadır. Bu maddelerde, bazan kanunla, bazan da savcının kararı ile mahkûmiyetin infazının geciktirildiği görülmektedir. Ölüm cezasının akıl hastalığı ve gebelik, hürriyeti bağlayıcı cezanın akıl hastalığı veya hayat için kesin bir tehlike teşkil eden hastalık veya gebelik ve emzıklilik hallerinde geri bırakılması, uygulamada Anayasanın önlemek istediği geri bırakma olarak kabul edilmemektedir. Bazan da kanun savcının kararı ile geri bırakmaya imkân vermektedir; 400. maddedeki durum böyledir. Bu maddeye göre, ağır hapis dışında kalan hürriyeti bağlayıcı cezalarda, bu hürriyeti bağlayıcı ceza iki yılı geçmediği takdirde, derhal infaz mahkûm veya ailesi için mahkûmiyetin gayesi haricinde ağır bir zararı mucip olacak ise, mahkûmun talebi üzerine cezanın infazı geri bırakılabilmektedir. Bu geri bırakmayı, aynı kanunun 396. maddesine göre infazı gerçekleştiren savcı olduğu için, o kararlaşdırılmalıdır. Doktrinde Kunter, gerek kanunun hükmü, gerekse savcının takdiri gereğince cezanın geri bırakılması hakkındaki bu hükümleri Anayasaya aykırı bulmaktadır. Bizim konumuz, hakim kararının yanlışlığına karşı çareler olduğu için, bu hallerde ise kararın yanlışlığı veya gerçeğe uygun olmadığı söz konusu olmadığından, savcının cezanın infazını ertelemesi «yürütme çaresi» veya «idarî çare» olarak adlandırılmamalıdır.

13) EREM, Faruk: Ceza Usul Hukuku. Ankara, 1968, sh. 402.

14) ÇAĞLAYAN, Muhtar: Gerekçeli, Notlu ve İctihatlı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu. Cilt I, Ankara 1966, sh. 669.

ğından, kanunkoyucunun işi şu veya bu şekilde tespit etmesinde bir engel düşünülemezdi. Şimdiki durumda ise, Anayasa hükmü ile bu hükmün karşılaştırılması gerekmektedir. Bu karşılaştırmayı doktrinde Kunter yapmış ve müspet bir sonuca ulaşmıştır. Ona göre, hazırlık soruşturmasında hakime gidilmesi mecburiyeti sırf sanık lehine konmuş bir hükümdür; gerilmada ise hakime gitmek sanık lehine değildir. Hakimin tutuklama kararında «savcı lüzum görmeyinceye kadar» devam etmek üzere diye bir kayıt koyması mümkündür. Neticce olarak savcının salıvermesi karardaki bu zımnî hükmü yerine getirmek içindir¹⁵. Kanaatimizce, savcının sulh hakiminin kararını beklemeden sanığı salıvermesi muhakkak ki sanık lehinedir. Bu kanun hükmünün anayasa ile karşılaştırılmasında, bizce bu karşılaştırma 132. madde ile değil, 30. madde ile yapılmalıdır; çünkü, tevkifte hakim kararı hakkında anayasada daha özel bir hüküm olarak 30. madde vardır; 132. madde ise genellikle hakim kararları hakkındadır. Anayasanın 30. maddesine baktığımızda, tutuklama ve tutukluğun devamı hakkında hakim kararı arandığı, fakat tutukluğa son verme bakımından hakim kararı aranmadığı görülmektedir. Bu durumda, gerektiğinde kanunkoyucunun hakim kararı olmadan da tutukluğa son vermesi hakkında kanun yapabileceğini kabul etmek uygun olur, kanaatindeyiz.

Yargılama makamının verdiği bir kararın infazının idare tarafından geciktirilmesine bir başka örnek karar düzeltilmesi konusundadır. Ceza Muhakemesi kanununun 322. maddesine göre, Cumhuriyet Başsavcısı ve hatta savcılar düzeltme isteğini uygun gördüklerinde infazı durduracaklardır. Bu durdurma lehte olmak gerekmesine rağmen, yine de yargılama makamı kararının yerine getirilmesi gecikmektedir. Kunter bunu Anayasaya aykırı bulur (a.g.e. sh. 625, 626).

Sonuç olarak, bazı hallerde, hakim kararlarının gerek yanlışlığı, gerekse değişen duruma uymaması sebeble mevzuatımızda bir «idarî çare» düşünülebileceği anlaşılmaktadır.

Çareleri böylece yargısal ve yargısal olmayan şekilde ayırdıktan ve yargısal olmayanları gördükten sonra, şimdi yargısal çarelere geçebiliriz.

B — Yargısal çareler

Hakim kararlarının yasama ve yürütme organları veya idare tarafından gözden geçirilmesi ve bunlardaki yanlışlıkların veya son-

15) KUNTER, Nurullah: a.g.e., sh. 436/not 291.

ra bunlarla gerçek durum arasındaki değişikliklerin ortadan kaldırılmasına çok istisna hallerde rastlanmaktadır. Yukarıda görüldüğü gibi, bunlara örnek bulmak bir zorluk olduğu gibi, bulunan örneklerin de hukuk düzenine uygun olduğunu açıklamak bile kolay değildir. Buna karşılık, hâkim kararlarının başka hakimlerin denetimine bağlanması normal kabul edilen bir usûldür. Bu maksatla başvurulacak yollara bazıları «hukukî çareler = rimedi giuridici», bazıları ise «yargısal çareler = rimedi giurisdizionali» adını vermişlerdir. İtalyan yazarlarından Leone bunlar arasında bir fark bulunmadığını ve Almanya'da da «Rechtsmittel» ve «Gerichtsmittel» terimleri bakımından da aynı durumun bulunduğunu söylemektedir¹⁶. Biz hukukî çareler adının yargısal çarelerden daha geniş olduğu ve bu bakımdan karışıklığa sebep olabileceği fikrindeyiz. Şimdiye kadar üzerinde durduğumuz «yasama çareleri», «yürütme çareleri» ve «idarî çareler» de hukukîdir yani hukukça düzenlenmiş, kanun veya anayasalara girmiştir; yargılama çareleri ise bu hukukî çarelerin ancak bir kısmı olduklarından başka bir ad almaları karışıklığı önleyicidir. Nitekim, bizce, bu yüzden ki, Erem af müessesesini hukukî çare olarak görebilmiştir. Erem, af ile kanunyonlarının hukukî çare olmasını kabul edince, hukukî çareleri «usulde hukukî çareler» ve «bunun dışında kalanlar» olmak üzere ikiye ayırmayı önermiş, fakat bu önerisine dayanarak bir açıklamaya sapsmamıştır.

Alman doktrinine bir göz attığımızda, Kern'in hukukî çareler adını verdikten sonra, bunları kanunyonları ve diğer hukukî çareler diye böldüğü görülmektedir; kanunyonları arasında itiraz, istinaf ve temyiz, diğer hukukî çareler arasında da eski hale getirme, muhakemenin yenilenmesi, sulh hakiminin ceza kararnamesine karşı koyma yolları bulunmaktadır. Peters'in ise taarruz yolları adı altında kanunyonları ve hukukî çareler diye bir ayırım yaptığı görülmektedir.

Türk doktrininde Yüce'nin Peters'in bu ayırımını esas alarak kanunyonları arasına temyiz ve itirazı, hukukî çareler arasına da savcının takipsizlik kararına karşı dava açmak için ağırceza mahkemesine başvurmayı, ceza kararnamesine karşı duruşma isteğinde bulunmayı, eski hale getirmeyi, son soruşturmanın yenilenmesini (iadei muhakeme), yazılı emiri, tashihi kararı ve başsavcının ceza genel kuruluna itirazını saymaktadır¹⁷. Kantar, çok daha önce yaptığı bir ayır-

16) LEONE, Giovanni: a.g.e., ve cilt, sh. 4/not 3.

17) Kern, Peters ve Yüce'nin fikirleri için, bk. YÜCE, Turhan Tûfan: Türk-Alman Ceza Muhakemeleri hukukunda kanunyonları (İtiraz - İstinaf - Temyiz) Ankara, 1967, sh. 4 - 5.

rımda «Hukukî çareler ve tedbirler» adını kullanmış ve bunları da «kanunun kanunyolu adını verdikleri ile vermedikleri» şeklinde ayırmıştır; ona göre, müspet hukuka göre kanunyolları itiraz ve temyizdir; müspet hukukun kanunyolu adını vermedikleri ise, C.M.U.K.'nun 165/1'deki itiraz, muhalefet, eski hale getirme, muhakemenin iadesi talebi, sulh hakiminin ceza kararnamesine itiraz, C.M.U.K. m. 402'deki muhalefet, temyiz istidası reddilenin Yargıtaya başvurusudur¹⁸. Bu yazar Başsavcının itirazı, yazılı emir ve tashihi kararın bunlardan hangisi arasına girdiğini belirtmemiştir. Taner sadece kanunyollarından temyiz ve itirazı anlamış, muhakemenin iadesinin kanunyolu olmadığını ileri sürmekle yetinmiş¹⁹, başsavcının itirazı ve karar tashihi kurumlarını da Kantar gibi bir sınıflandırma yapmadan incelemekle yetinmiştir. Kunter, hukukî çare diye bir ad kullanmayıp, bunun yerine kanunyolu terimini tercih etmektedir. Bu suretle, kanunda kanunyolu denen kurumlarla, bu ad verilmemekle beraber hakim kararlarına karşı açık yollara da kanunyolu ismini vermekte, yalnız kanunun açıkça kanunyolu dediklerine dar mânâda kanunyolu, açıkça kanunyolu demediklerine ise geniş mânâda kanunyolu demektedir. Ona göre, dar mânâda kanunyolları itiraz ve temyiz yollarıdır. Geniş mânâda kanunyolları ise kanunda böylece adlandırılmamış olmasına rağmen, mahiyeti itibarile kanunyolu tarifine giren kurumlardır. Meselâ, muhalefet (m. 174), bazan eski hale getirme, muhakemenin yenilenmesi kurumlarıdır²⁰. Kunter, olağanüstü itiraz, olağanüstü temyiz, yargıtay kararlarının düzeltilmesi kurumlarının bu şemanın nesine girdiğini açıkça söylememiş görünmektedir.

Biz, yukarda değindiğimiz gibi, hakim kararlarına karşı açık kontrol yollarını «yargılama çareleri» veya «yargısal çareler» olarak adlandırmayı bu suretle bunları öteki hukukî çarelerden ayırmayı uygun bulmaktayız. Yargılama çareleri veya yargısal çarelerin bulunması için ön şart, bir hakim kararının mevcudiyeti ve gayesi de bu kararın yine bir hakimee kontrole tabi tutulmasıdır.

Biz, terim olarak yargısal çareler yerine taarruz yolları adını çok askerî bulmaktayız. Bunların hepsine kanunyolları denmesini de kanundaki ada çok sıkı bir bağlılık ifade ettiğinden ve benzeri yürütme ve yasama çarelerinden çok ayrı düştüğünden, kabul etmek istemiyoruz; kanun bu adı sadece bir kısım yargısal çarelere verdiği için kanundan da ileri gidip sanki çok yerinde bir terim imiş gibi bunu ötekilere de yaymakta bir mecburiyet bulunmadığını düşünüyoruz.

18) KANTAR, Baha: Ceza Muhakemeleri Usûlü. Ankara, 1957, sh. 335.

19) TANER, Tahir: a.g.e., sh. 399/400.

Hukukî çareler ve tedbirler adı ise, zannımızca kurumun adını hem karanlık bırakmakta hem de gereksiz yere uzatmaktadır. Erem'in dediği gibi, af kurumunun hukukî çare olduğu fikrine götürücü bir terim olması bakımından, «hukukî» sözcüğünün karışıklığa sebebiyet verdiğini gözönünde tutuyoruz; sonra, çareler yanında «tedbirler» sözcüğü ile kavrama ne gibi bir ek yapıldığının da anlaşılmadığı kanısındayız.

Bize göre, yargısal çareler de iki grup meydana getirmektedir. İlk grup, kanunun «Kanunyolları» başlığı altında düzenledikleridir. İkinci grup ise kanunun böyle bir ad vermemiş olmasına rağmen, yargısal çarelerin tarifine uygun bulunanlardır.

a) Kanunun «Kanunyolları» olarak düzenlediği yargısal çareler yahut sadece kanunyolları

Kanunumuzun Üçüncü kitabında Kanunyolları başlığı altında düzenlenmiş yargısal çarelerin itiraz ve temyiz olduğu söylenmektedir. Halbuki bunlardan başka olağanüstü itiraz, karar düzeltilmesi ve temyiz isteğinin reddi halinde yargıtaya başvurmak da bu kitapta düzenlendiğine göre, bunları kanunyolları dışında bırakmak ve bundan sonra inceleyeceklerimiz arasında aramağa çalışmak doğru olmasa gerektir. Yazarlarımızın bir çoğunun, belki de Alman kanununda karar düzeltilmesi ve Başsavcının itirazı bulunmadığı için olacak, Alman yazarlarını tekrarlıyarak kanunyollarını temyiz ve itirazdan ibaret saydıkları görülmektedir. Yüce, karar düzeltilmesi ve Başsavcının itirazının kanunyolları dışında kaldığını söylemektedir; halbuki bu iki kurum «Kanunyolları» başlığını taşıyan Üçüncü kitapta 232. maddede yer almıştır; bu bakımdan, bunları da kanunyolu saymakta kanunumuz bakımından tereddüt olmamak gerekmektedir. Kantar da temyiz isteğinin reddi halinde Yargıtaya başvurmayı kanunyolları dışında kalan bir yargısal çare saymıştır; halbuki bu hüküm de aynı kitapta 315. maddede yer aldığından, kanunun onu kanunyolu saymadığını ileri sürmekte hiç bir fayda olmasa gerektir. Sadece, bunun temyiz değil, fakat itiraz olduğu, yalnız itirazı yargılama makamı bakımından bir değişiklik bulunup bunun Yargıtay olduğunu belirtmekte bir fayda bulunmaktadır²¹.

20) KUNTER, Nurullah: a.g.e., sh. 640.

21) Kunter bu hususu çok açık bir şekilde belirtmiştir; Bk. a.g.e., sh. 658/ not 59.

b) Kanunun kanunyolları adını vermediği yargısal çareler

Yargısal çarelerin yasama ve yürütme çarelerinden farklı olarak bir hakim kararının bir hakimce tekrar gözden geçirilmesi gayesini güttüğünü söylemiştik. Kanunlarımızda böyle bir kontrolü sağlayan kurumların, kanun onlara kanunyolu adını vermediği hallerde, bunlar dışında kalan yargısal çareler olduğu açıktır. Bunlar kanunun şurasına burasına saçıldıkları için aranıp bulunmaları gerekmektedir.

Gerek Kantar'ın, gerekse Yüce'nin savcının kamu davası açmaması halinde onun bağlı olduğu ağırceza mahkemesine en yakın ağırceza başkanlığına başvurarak dava açılmasını istemeyi (m. 165) yargısal çare olarak kabul ettiklerine yukarıda değinmiştik. Halbuki bu isabetli değildir; çünkü, yargısal çare söz konusu olabilmek için aranan ön şart bir yargılama makamı kararı bulunmasıdır; bu durumda ise, bir yargılama makamı kararı değil, fakat iddia makamının bir kararnamesi söz konusudur. Kunter'in açıkça belirttiği gibi, burada bu bakımdan yargısal çare (onun tabiri ile kanunyolu) değil, fakat savcının bir işlemi hakkında bir hakime başvurma olduğundan, bir başka talî dava söz konusudur. Kunter buna bir ad da vermekte ve koğuşturma davası demektedir, kanunun buna hatalı olarak itiraz demiş olduğunu, itiraz olabilmesi için bir yargılama makamı kararı bulunması gerektiğini, burada ise böyle bir kararın olmadığını çok güzel belirtmektedir²².

Gerek Kantar, gerekse Yüce, İtalyanlarda da bir çok yazarlar²³ ve Fransız doktrini bizde ceza kararnamesine karşıkoyma adı verilen ve kanunda (m. 388 ve d.) itiraz olarak adlandırılan kurumun bir yargısal çare olduğunu belirtmektedirler. Doktrinimizde Kunter, ceza kararnamesi ile ceza tayinini idarî bir işlem olarak kabul ettiğinden, karşıkoymayı yargısal çare olarak kabul etmediğinden, bir idarî işleme karşı açılan bir dava olarak görmektedir²⁴. Kanaatimizce, bir işleme idarî demek için ya onun mahiyetine yahut da onu yapan organa bakmak gerekmektedir. Kunter bizzat kendisi organa bakılması taraflısı değildir²⁵; bu bakımdan, kolluk memurunun bile yapabileceği bir işlemdir demek suretile, bunu hakimin yapması durumu de-

22) Bu hususta, KUNTER, Nurullah: a.g.e., sh. 512.

23) Bunların başında LEONE gelmektedir; bk. LEONE, Giovanni: a.g.e. ve cilt, sh. 7.

24) KUNTER, Nurullah: a.g.e., sh. 514.

25) KUNTER, Nurullah: a.g.e., sh. 75, ayrıca, meselâ 107.

ğiştirmez sonucuna varmak, organik kıstasa dönmektir. Bizce, bu durumda yani ceza kararnamesi yolu ile ceza tayininde yargılama vardır, muhakemenin müdafaa unsuru daha sonraya bırakılmıştır. Yargılama bir uyuşmazlığı çözme olduğuna göre, hakim bu durumda uyuşmazlığı çözmektedir; yapılan işlem maddî kıstasa göre yargılamadır; ama muhakeme olup olmadığı üzerinde durulabilir. Ceza kararnamesile ceza tayini yargısal bir faaliyet, organ da bir yargılama makamı, buna karşıkoyma da bir yargılama makamı kararına karşı kabul edilmiş yargısal bir çare olmak gerekir, fikrindeyiz.

Kantar, Yüce ve Kunter eski hale getirme kurumunun bazı hal-lerde yargısal çare olduğunu beyan etmişlerdir. Gerçekten, bir mehle riayetsizlikten dolayı bir hakkın düşümü halinde bu hakkını kullanmak durumunda olduğunu ileri süren kimse, muhakkak yargısal bir çareye başvurmak durumunda değildir. Bu hakkın düşümü dolayısıyla bir hakim karar vermiş ve bu hak aslında düşmediği gerekçesile bir hakime başvurulması kabul edildiği hallerdedir ki, yargısal çarenin mevcut bulunması için gerekli unsurlar bir araya gelmektedir. Bizim mevzuatımızda, meselâ, şahsî davanın düşmesi halinde şahsî davanın eski hale getirme isteğinde bulunması, bir hakim kararının bir hakimce incelenmesi isteği olduğundan, bir yargısal çare olmaktadır.

Yüce, karar düzeltilmesini ve Başsavcının itirazını, kanun-yolları dışında kalan yargısal çarelerden kabul etmektedir; kanaatimizce bu düşünce kanunun sistemine aykırı düşmektedir; çünkü, bu iki kurumu bizim kanunumuz, «Kanun-yolları» başlığı altında düzenlemiştir. Bu bakımdan, bunların birinci kategori yargısal çareler arasında bulunduğunu kabûle engel bulunmadığı açıktır.

Gerek Kantar, gerekse Kunter sorgu hakiminin talepnameyi kabul etmesi halinde sanığın gidebileceği muhalefet yolunu (m. 174) yargısal çarelerden saymışlardır ki, kanaatimizce yerindedir. Burada bir hakim kararı vardır ve bu kararın hakim tarafından yeniden incelenmesi istenmektedir. Kantar, 402. maddenin ikinci fıkrasındaki muhalefet'in de bir yargısal çare olduğu fikrindedir. Biz ise bunun yargısal çare olmadığı kanaatindeyiz; çünkü, bu maddede ilgilinin bir isteğinin savcı tarafından reddedilmesi üzerine ilgilinin mahkemeye başvurması söz konusudur. Bu başvurma bir davadır, ama hakim kararı dava edilmediği için, tarifini verdiğimiz yargısal çare değildir.

Olağanüstü temyiz (yazılı emirle bozma) ve son soruşturmanın yenilenmesi ile ilk soruşturmanın yenilenmesi durumlarının da,

daha önce bu muhakemeleri kapatan hâkim kararlarının bir kontrole tabi tutulmalarını gerektirmeleri bakımından, yargısal çare olarak görmekte isabet olduğu açıktır.

3

Sonuç :

Muhakemeye iddia, müdafaa ve yargılama makamları katılmakta ve birlikte yapılan bir çalışma ile uyuşmazlık çözümlenmektedir. İddia makamının yanlışlığını müdafaa ve yargılama makamı, müdafaa makamının yanlışlığını iddia ve yargılama makamı ortaya koyacaktır. Yargılama makamının yanlış kararını kim ortaya koyacaktır? Yargılama makamı kararlarındaki yanlışlıkları ortaya çıkarma yollarına çok geniş bir şekilde «Hukukî çareler» adını vermiş bulunmaktayız. Yargılama makamı kararlarındaki yanlışlıklar için başvurulmuş bu hukukî çareler de dört kısımda toplanabilmektedir. Hataların bazıları yasama organınca düzeltilebilmektedir; bu yollara yasama çareleri adını vermiş bulunmaktayız. Bir kısmı yürütme organı tarafından düzeltilebilmektedir; bu yollara yürütme çareleri adını vermiş bulunmaktayız. Bir kısmı idare tarafından düzeltilebilmektedir; bunlara idarî çareler adını vermiş bulunmaktayız. Nihayet büyük bir kısmı yargılama organı tarafından düzeltilmektedir; bunlara da yargılama çareleri veya yargısal çareler demektediriz. Yargısal çarelerin bir kısmını kanun kendisi kanunyolları adı altında toplamış, bir kısmını ise böyle bir ad altında toplamamıştır. Buna göre, yargısal çareler kanunyolları ve öteki yargısal çareler diye iki kısma ayrılabilir.