

# CEZA MUHAKEMESİNDE KANUNYOLLARININ YENİDEN DÜZENLENMESİ

(Federal Almanyada Ceza Muhakemesi Hukuku Reformu Eyaletler ve Federal Çalışma Komisyonunun Hazırladığı «Cezada Kanunyolları Kanunu Tasarısı» Hakkında)

Yazan: Adalet Bakanlığı Müsteşarı  
Dr. Peter RIESS, Bonn

Tercüme eden: Asist. Feridun YENİSEY

## I. Bugünkü durum :

Alman doktrinde cezada kanunyoilarında reform yapılması, Alman Ceza Muhakemesi Kanununun (StPO) yürürlüğe girdiği tarih olan 1877 den beri istenmektedir (1). Mahkemelerin yet-

---

(1) Fezer'in monografisi 1974 ortalarına kadar yayınlanan literatürü tam olarak aksettirmektedir; Fezer, *Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen*, Tübingen, 1975 (bundan sonra «Revision» diye belirtilecektir), bilhassa 6 ilâ 12. sahifelere Bak. Ayrıca Fezer'in, *die Erweiterte Revision = Legitimierung der Rechtswirklichkeit*, Tübingen, 1974 (bundan sonra «Legitimierung» diye belirtilecektir), adlı eserine Bak. Geçmiş yılların literatürünü ve görüşlerin sahiplerini aksettiren, *Reform der Rechtsmittel in Strafsachen, Bericht über die Entstehung der gegenwaertigen Rechtsmittelvorschriften und die Bemühungen um ihre Reform, Reihe «Recht», herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, 1974 (bundan sonra «Bericht» diye belirtilecektir) adlı esere Bak. Fezer'in monografisinden sonra yayınlanan literatür için Bak.: Tröndle, *zur Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen*, in: *Probleme der Strafprozessreform*, Sammlung Göschen, 1975, s. 73 vd. (bundan sonra «Reform» diye

kisini üç basamaklı hale getirme akımı (dreistufige Gliederung der ordentlichen Gerichtsbarkeit) sona ermiş olmakla birlikte (2) kanunyollarında yapılacak reform sorunu önemini muhafaza etmektedir (3).

Tartışmaların ilk başlangıcında, istinaf ve temyizden hangisinin önce başvurulmuş kanunyolu olarak seçileceği sorunu ortaya çıktı ve 1877'nin kanunkoyucusu tarafından bildiğimiz gibi (4) halledildi: toplu asliye mahkemesinin (Schöffengericht) yetkisi dahilindeki işlerde istinaf ve sonra temyiz; eyalet mahkemesinin ceza dairesinin (Strafkammer) ilkmuhakemede yetkili olduğu işlerde (o sıralarda bu mahkemenin yetki alanı daha genişti (5)) sadece temyiz yolu kabul edildi. Geçici olarak ilkmahke-

---

belirtilecektir); Eckl, zur Reform des Rechtsmittelsystems im Strafprozess, Bay VBl 1975, 212 ff; Seetzen, die erweiterte Revision als Einheitliches Rechtsmittel in Strafsachen, ZRP 1975, 288 ff. Kanunyolu reformu hakkında Alman Hâkimler dergisinde yayınlanan şu makalelere de Bak.: von Gerlach DRiZ, 1971, 85; Knoche, DRiZ, 1972, 97; Neihard DRiZ, 1967, 106; Pfeiffer/von Bubnoff DRiZ, 1972, 42 ve Prüllage DRiZ, 1971, 339.

(2) Bu konuda Bak.: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neugliederung der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Erstes Justizreformgesetz), herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, 1971 (bundan sonra RefE 1. JRG diye belirtilecektir), ayrıca Bak.: Kissel, der dreistufige Aufbau der ordentlichen Gerichtsbarkeit, 1972; Hanack, in: Schwinge-Festschrift, 1973, 183; Schier-Eckl, NJW 1972, 177 ve Bericht der Kommission für Gerichtsverfassungsrecht und Rechtspflege, recht, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, 1975, s. 35 vd.

(3) Mahkemelerin kuruluşunun üç basamaklı olmasının, kanunyolunda reform yapılması zorunluğunu doğuracağına inanıldığı için, kanunyollarındaki reform tartışmaları, üç basamaklı kuruluş ile birlikte yürütülüyordu (aksi fikir için Bak.: die Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und des Rechts der Wiederaufnahme im Strafprozess, erarbeitet und vorgelegt vom Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Tübingen, 1971, (bundan sonra BRAK diye belirtilecektir), kanunyolu, reformu tekliflerini bugünkü sisteme dayamaktadır.). O sıradaki tartışmalarda önemli olan, bir sistem seçme zorunu idi. 1967'den 1972'ye kadarki tartışmalarda kanunyolu kuruluşunun içeriği ile ilgili bazı noktaların sözkonusu edilmemesinin sebebi budur; Fezer, Revision, s. 37 vd.; Hanack, age., s. 186.

(4) Fezer'e ve Bericht s. 12'ye Eak., ayrıca Bak.: Trönde, zur Frage der Berufung in Strafsachen - Rückschau und Ausblick, GA 1967, 167 (bundan sonra «Berufung» diye belirtilecektir.).

(5) Bugün, eyalet mahkemesinin ceza dairesinin (Strafkammer) ilkmuhakemede verdiği ve istinaf edilemeyen sonkarar oranı, ilkmuhakeme-

melerin yetki alanı değiştirilmekle, istinaf bir ara hemen hemen genel kanunyolu halini almış bulunmakla birlikte (6), ceza muhakemesinde kanunyollarındaki durum bugün de yukarıda belirtildiği gibidir. Sistem aynı kalmakla birlikte, 1877'den beri kanunda yapılan değişiklikler, ilkmuhakemede sanığa daha fazla haklar sağlamış ve maddî hakikatın ortaya çıkarılması için önemli garantiler getirmiştir (7). Ayrıca, cezada temyiz, 1877'deki durumuna nazaran, fiilî etkisi açısından, o kadar değişmiştir ki, apayrı bir mahiyet aldığı söylenebilir. Bu değişmeyi son yıllarda yapılan bazı incelemeler geniş kapsamı ile ortaya koymaktadır (8). Birinci Dünya Harbinden beri gelişme, kanunda yapılacak değişikliklerle temyiz genişletilmesi ile kanun yolunda reformun gerçekleştirilmesi yönündedir (9).

Cezada kanunyollarında yapılması düşünülen reform konusunda zamanımızda şu alternatifler vardır :

a) Mevcut sistemi muhafaza edip, detayda bazı değişiklikler yapılması (10),

---

de verilen bütün sonkararların yüzde ikisidir. Bu oran 1880-1920 yılları arasında yüzde on ile yüzde onsekiz arasında değişmekte idi.

(6) 7.1.1924 tarihli kararname ile (Emminger Reform) eyalet mahkemesinin ceza dairelerinin (Strafkammer) madde itibarile yetkisi ilga edildi, böylece sadece ağır ceza mahkemesi son kararları istinaf edilemez oldu (yani bütün sonkararların yüzde 0,5'i). Bu konuda edinilen kötü tecrübeler ve önceki hukuki duruma dönüş hakkında Bak. Tröndle, Berufung, s. 166, s. 178 ve Fezer, Bericht, s. 32-36.

(7) Meselâ 1935'de kanunda düzenlenen delil toplanmasını talep yetkisi ve mecburi müdafiliğin önemli ölçüde genişletilmesi.

(8) Fezer, Legitimierung ve Revision, s. 62-176; Schmid, der Revisionsrichter als Trichter, ZStW 85 (1973), 360 ff, ve der Revisionsrichterliche Augenscheinsbeweis, ZStW 85 (1973), 895; Geerds, Revision bei Verstoss gegen die Denkgesetze oder Erfahrungssätze, Peters - Festschrift, 1974, 267 ff. Temyizde 1877 kanunkoyucusunun öngördüğü ölçünün içtihad yolu ile genişletilmesi hakkında Bak.: Fezer, Bericht, s. 22, dip not 41.

(9) Mannheim'in Beitrage zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstösse im Strafverfahren, 1925 başlıklı kitabı bu konuda büyük bir aşama yapmıştır. Sonraki reform çalışmaları hakkında Bak.: Fezer, Bericht, s. 36-52.

(10) Bu alternatif ana hatları ile BRAK tarafından benimsenmiştir. Aynı fikir için Bak.: Kaiser, ZRP 1972, 275 ff. 1975 değişikliğinden önceki şekilde StPO 313 ve 334. maddelerde düzenlenmiş olan yedek temyiz

b) Bütün suçlar bakımından iki basamaklı bir kanunyolu sistemi kabul edilmesi; ilk kanunyolu olarak «sınırlı istinaf» (Appellation) ve ikinci kanunyolu olarak da, temyiz (Grundsatzrevision), yani ağır suçlarda da (11) (düzeltilmiş) istinaf getirilmesi,

c) Kural olarak bütün ceza davalarında genel tek basamaklı bir kanunyolu, «genişletilmiş temyiz» (erweiterte Revision) kabul edilmesi ve netice olarak istinafın kaldırılması (12).

Eyaletler Adalet Bakanları Konferansı tarafından görevlendirilen ve, Eyaletler ve Federal Adalet Bakanlıkları yetkili müstesarlarından müteşekkil olan «Federal ve Eyaletler Ceza Muhakemesi Reformu Komisyonu» (Bund-Laender-Arbeitsgruppe «Strafverfahrensreform»), 1971 yılının başından beri cezada kanunlarında yapılması gereken reformlar üzerinde çalışmaktadır. Bu komisyon, geniş kapsamlı ve tatmin edici bir gerekçesi olan ve detaydaki sorunları da inceleyen bir tasarı (Diskussionsentwurf

---

(Ersatzrevision) müessesesinin yeniden canlandırılması veya Gençlerin Muhakemesi Kanununun 55. maddesindeki fikrin aktarılması da bu alternatiflere yakın tekliflerdendir. Maamafih detayda yapılan değişiklikler önemli olabilir; meselâ BRAK istinaf ile temyiz kullanım alanını değiştirmeden, her iki kanun yolunun muhtevasını değiştirmeyi ve temyizi kanunla genişletmeyi teklif etmektedir.

(11) RefE 1. JRG, s. 34-37 bu alternatifi önermekte idi. Die *Denkschrift der Gewerkschaft OTV, die Reform der ordentlichen Gerichtsbarkeit*, 1971, s. 9 ff de aynı görüştedir. Kullmann, ZRP 1972, 231 aynı görüştedir. Fuhrmann ZStW 85 (1973), 45 vd. nda istinafı geniş ölçüde sınırlamasına rağmen, JR 1972, 1 vd. nda olduğu gibi, genişletilmiş temyize tek kanunyolu olarak öncelik tanımakta ve ağır suçlarda Appellation'nu uygun bulmamaktadır (age., s. 73). Prüllage DRiZ 1971, 339 da genel iki basamaklı kanunyolu için değişmemiş istinafı ve sınırlandırılmış temyizi önermektedir.

(12) Meselâ Alman Hâkimler Birliği Yönetim Kurulunun 24.2.1967 tarihli kararı bu yöndedir (DRiZ 1967, 105, ayrıntılı bilgi için Bak.. Neidhard DRiZ 1967, 106); Preifer/von Bubhoff DRiZ 1972, 42, bu yazarlar hafif suçlardaki bazı suç kitleleri için sınırlamalar teklif etmektedirler; Kissel, age., s. 113, üç basamaklı mahkeme kuruluşu kabul edildiği takdirde uygulanabilecek bazı teklifler sunmaktadır. Ayrıca Bak.: Tröndle, Reform; Geerds, age., s. 277; Eckll, age., Alman Hâkimler Birliğinin Ceza Hukuku Komisyonunun geliştirdiği teklifleri Fezer nakletmektedir. Fezer, Revision, s. 301.

«DE») (13) hazırlamıştır. Tasarı hafif suçlarda öngörülen basit muhakemenin arkasından, bütün olağan muhakemelerde, tek kanun yolu olarak, «genişletilmiş temyiz» (erweiterte Revision) teklif etmektedir (14). Tasarının gayesi, doktrine tartışma zeminini hazırlamaktır.

## II. Kanun yolunda reform zorunluğu :

Bugünkü sistemin bütünündeki aksaklıklar ve temyiz ve istinafin düzenleniş biçimindeki eksik yönler, kanun yolunda reform yapılması zorunluğunu doğurmaktadır. Bir yüzyıldan beri devam edegelmekte olan tartışmalar reformun yapılması için gerekli zemini artık hazırlamış olsa gerektir.

Bugünkü sistemin en büyük eksikliği orantısızlığındadır: hafif ve orta ağır suçlarda arka arkaya iki kanun yolu bulunduğu halde, ağır suçlarda, sadece sınırlı araştırma yapılabilen, bir tek kanun yolu vardır. Bu düzenleme, ağır suçlarda ilkmuhakemenin mümkün olan en iyi şekilde yapıldığı ve daha iyi bir ikinci muhakeme yapılamıyacağı söylenerek haklı gösterilmek istenmiştir (15). Bu görüş kabul edilse dahi, bu, bütün ceza davalarında,

---

(13) Adalet Bakanları Konferansı tarafından görevlendirilen federal ve eyaletler Ceza Muhakemesi Reformu Komisyonu tarafından Aralık 1975 de hazırlanan Cezada Kanun yolları Tasarısı (*Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen*) Basılmış olan tasarı 15.4.1975'deki durumu aksettirmektedir. Komisyonun çalışmaları ise, Ekim 1974'de sona ermişti. Komisyon üyelerinin çeşitli konulara ilişkin fikir ayrılıkları tasarının gerekçesinde aksettirilmiştir.

(14) Tasarı, Adalet Bakanları ve Senatörlerin 1972 Şubatında aldıkları karar üzerine hazırlanmıştır. Komisyondan temyiz ve istinafin sakıncalarını ihtiva etmeyen bir tek kanun yolu geliştirilmesi istenmişti. Komisyon önce bir kanun yolu sisteminin ana hatlarını tayin etti. Açıklık kazandırmak için geçici kaba hatları (*vorläufige Rohformulierung «VRF»*) yayınladı. (Bak.: Fezer, Revision, s. 302). Bu ana hatlar Adalet Bakanları Konferansında olumlu karşılanınca, bazı düzeltmeler yapılarak tasarının hükümlerine geçirildi. (Bak.: gerekçe, s. 25 ve Eckl age., s. 212. Fakat Eckl'in açıklamaları bir yönden düzeltmeye muhtaçtır; Adalet Bakanlığı komisyonla işbirliğini hiçbir zaman kesmemiştir, bu yüzden yeniden başlama sözkonusu değildir. Tasarının hazırlanması safhasında esas yükü Adalet Bakanlığı taşımıştır.).

(15) Geerds, age., s. 279 ve Eckl, age. s. 213.

tekrar karakteri ağır basan istinafin kabul edilmeme gerekçesi olabilir; fakat, hafif ve orta ağırlıktaki suçlarda aynı şekilde cereyan eden iki muhakemenin birbirinin ardısıra yapılmasının gerekçesi olamaz. Muhakemenin uzamasına yolaçan, aslında bu orantısız düzenlemedir. Parçalanmış bir mahiyet arzeden bu sistemin diğer bir aksak yanı da şudur: ilkmuhakeme için yetkili mahkemenin tayini, kanun yolunun temyiz mi, yoksa istinaf mı olduğunu da belirlemektedir.

Temyiz kanun yolunun hukukî inceleme yapması ve ilksonkararın maddî tesbitlerini kontrol etmeden kendi kararına esas alması daima tenkit edilmiştir (16). Bu iddianın doğruluk derecesi, doktrindeki son gelişmelerin ışığı altında bakıldığında, şüphe ile karşılanabilir (17); fakat kanunun lafzı ile uygulamadaki durumun birbirlerinden farklı olması ciddiye alınması gereken bir haldir (18). Diğer yandan, temyizde şekilcilik aşırıya vardırılmakta ve teorik olarak mümkün olan, temyiz gayesi (19) hakkında yürütülen verimsiz fikir tartışmalarından doğan çekingenlik yüzünden, gerçekleşmemektedir. Bozma unsuruna fazla ağırlık verilmesi temyizi zorlaştırmakta ve müşahhas olayda adaletin geç tecelli etmesine yolaçmaktadır. Buna rağmen, cezada temyiz muhafaza edilmemesi sözkonusu değildir; kontrole yönelik etkisi, bilhassa, muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının ileri sürülebilmesi (Verfahrensruge), ilkmuhakemedeki hâkimlerin daha iyi çalışmalarına dolaylı, fakat kuvvetli bir etki yapmaktadır. Bu yönü ile temyiz, hatanın ortaya çıkarılmasına ve daha

(16) RefE 1. JRG s. 34; Jagusch NJW 1971/2009, Eckl, age., s. 213, maddî tesbitlerin kural olarak kontrol edilemeyeceğini savunmaktadır, 214, sahifedeki 21 no. lu dip nota da Bak.; Kaiser, ZRP 1972, 276.

(17) Bak. aşağıda IV 2 a ve dip notlar 43-45.

(18) Aynı fikir için Bak.: Jagusch, age.; aksi fikir için Bak.: Willms, JR 1975, 52, bu yazar Fezer in Legitimierung başlıklı yazısında ileri sürdüğü görüşlere şu soruyu eklemektedir: Eu bilgiler temyiz kanunla genişletilmesinden sarfınazar edilmesine yolaçabilir mi? Ayrıca Bak.: Kaiser, age.

(19) Tafsillatlı bilgi için bak: Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., 1960, temyiz incelemesine konu olacak alanı tayinde, temyiz gayesinin öncelikle hukukun gelişmesi ve bir örnek uygulanması olduğu görüşünde olanlar, müşahhas olayda adaletin gerçekleşmesine yarayan bir alet olduğu görüşünde olanlardan farklı sonuçlara varmaktadır (Schwinge, age., s. 116, 123, 148, 165 ve 199).

önemlisi, yapılmamasına hizmet etmektedir. Son 50 yılın reform çalışmalarında, daha önce savunulmuş olan, «her davada istinafin kabul edilmesi fikrinin» değil de, «temyiz en iyi bir şekilde kanunda yeniden düzenlenmesi fikrinin» ağır basması bir tesadüf değildir.

İstinafin eksik tarafları, kendisini uzun zamandan beri, git-tikçe ağırlaşarak, hissettirmektedir (20). Ceza muhakemesinde geniş ölçüde gerçekleşmiş bulunan «sözlülük» ve «doğrudandogruyalık» prensipleri, ilkmuhakemedeki sonkararın istinaf vasıtası ile, sonkararın dayanaklarına inilerek, maksatlı ve kritik bir kontrolden geçirilmesini engellemektedirler; istinaf ilk muhakemede verilen sonkararı kontrol etmemektedir, muhakemeyi tekrarlamaktadır (21).

İstinafin bu özelliği ise, muhakemenin ağırlık noktasının ikinci muhakemede toplanmasına sebep olmakta, kötüye kullanmaya teşvik etmekte, ve muhakemeyi yavaşlatmaktadır (22). İs-

(20) Ayrıntılı bilgi için Bak.: Tröndle, Berufung, s. 170 vd., Reform, s. 80; Fuhrmann, JR 1972, 3. İstinaf taraftarları da istinafi, ilkmuhakemedeki hatalar yüzünden ve zarurî olarak muhafaza etmek istemektedirler, yoksa bazı üstün yanları bulunduğuna için değil (Meselâ Bak.: BRAK.: s. 10). Fikrimce burada sebep ve sonuç tam olarak aksettirilmemektedir.

(21) Diğer muhakeme hukuku dallarında, sözlülük ve doğrudan doğruyalık prensipleri, ceza muhakemesinde olduğu kadar katı uygulanmamaktadır. Bu yüzden diğer muhakeme hukuku dallarında yazılı sonkarar gerekçesine dayanılarak istinaf muhakemesi yapılabilmekte ve istinaf bir «sırf tekrar muhakemesi» olmaktan ziyade, kontrol edici bir unsur olabilmektedir. Muhakeme hukukunun birleştirilmesi çabaları, cezada kanun-yolları konusunda akamete uğramaya mahkûmdur; çünkü ceza muhakemesinde özellik vardır. ÖTV nin yaptığı gibi (Bak.: Dip not 11), şematik olarak, bütün muhakeme hukuku dallarını aynı tasnife tâbi tutmak hatalıdır (Knoche, DRiZ 1972, 97). Medenî muhakemede istinafin kaldırılması önerisi hakkında Bak.: Bull, JR 1975, 409.

(22) Bu, istinaf ve temyiz muhakemelerinin mukayesesinden anlaşılabilir. Temyiz muhakemesinde (yüksek eyalet mahkemeleri çerçevesinde) 1970-1973 yılları arasında açılan davaların % 93'ü açılmadan itibaren 3 ay içerisinde ve % 1,3'ü 6 aydan uzun bir süre zarfında sona erdirilmişken, istinaf muhakemesindeki davaların % 63'ü 3 ay içinde, % 13,2'si 6 aydan fazla bir süreç içinde halledilmiştir. Yeniden delil toplarken veya maddî olayları tesbit ederken, ilkmuhakemedeki sonkararla karşılaştırmalar yapmada fayda görenler vardır (meselâ BRAK, s. 10); bu faydaya karşı delillerin tazeliğinin kaybolması, hafızanın yanılması, delillerin karar-ması ve sahtesi ile değiştirilmesi tehlikeleri vardır.

İstinaf ilkmuhakemenin değerini düşürmektedir; ilkmuhakemeyi disipline edecek bir etkisi de yoktur. Sonuç olarak denebilir ki, istinaf, itina ile ve zaman baskısı altında kalmadan yapılmış olan bir ilkmuhakemeden daha fazla doğruluk olanağı sunmamaktadır. İstinaf muhakemesinde, ilkmuhakemede yapılan hataların tekrar edilmemesi ihtimali vardır, fakat, aynı tür yeni hatalar yapılması tehlikesi de vardır (23). Varılan bir sonucun doğru olup olmadığı, aynı elemanlar kullanılarak işin tekrarlanması suretille kontrol edilmekte ve ikinci sonuç doğru olarak kabul edilmektedir. Böyle bir kontrol şekli sadece kanun yolu hukukunda vardır; halbuki hatalarla maksatlı kontroller yapılarak mücadele edilir (24).

Hakkında kanun yoluna başvurulmuş son kararın hatalı olduğunu gösteren yeterli sebepler bulunduğu takdirde maddî mesele hakkındaki muhakeme (Tatsacheninstanz) zarureten tekrarlanmalıdır. Kanun yolu mahkemesi duruşmanın tekrarlanmasından önce yeterli sebeplerin varlığını kontrol etmelidir. Ceza muhakemesindeki kanun yollarının bugünkü düzenleniş şekli, sözü edilen gereğe uygun değildir. İşten tasarruf ve muhakemenin yoğunlaştırılarak, tek celsede bitirilmesi (Verfahrenskonzentration) sebepleri de gözönünde tutulursa, bugünkü durumun süregelemeyeceği anlaşılır. Sanığın menfaati de, davanın, en doğru sonucu verebilecek şekilde, ilkmuhakemede görülmesi ve sonucun mümkün olan en iyi şekilde kontrol edilmesini gerektirir.

### III. Tercih edilecek sistem :

Kanun yolunda yapılacak reform, bugünkü sistemin eksik taraflarından hareket etmeli ve şu gayeleri gözönünde tutmalıdır:

Müşahhas olayda hakkaniyete uygun karar verilmesi sağlanmalıdır, karar mümkün olan en kısa zaman zarfında yargı halini almalıdır; bunun için muhakemenin ağırlık noktası ilkmuhakemede olmalıdır. Adaletin gerçekleşmesi için mevcut olan ve gelişigüzel çoğaltılmasına imkân bulunmayan vasıtalar en ekono-

(24) Eckl, age., s. 212.



mik şekilde kullanılmalıdır. Varılacak gaye tesbit edilirken fikir ayrılıkları çıkabilir, fakat bu olağandır (25).

Tasarı, gayeye en iyi şu yoldan varılabileceğini düşünmektedir: ceza hâkiminin (Strafrichter) yetkisi dahilindeki işlerde önce basit muhakeme yapılacak (26), ve tek kanunyolu olarak genişletilmiş temyiz benimsenecektir. Tasarının bu sonucu doaylı bir yoldan elde edilmiştir; komisyon. önce, gayesine, yeni ihdas edilecek «sınırlı istinaf» (beschaenkte Berufung) ile erişmeyi denemiştir. Birinci Adalet Reformu Kanunu Tasarısı (Referentenentwurf eines ersten Justizreformgesetzes) bu aşamada hazırlanmıştı (27). Çeşitli sebepler, bu yolun çıkmaz olduğunu ortaya koydu (28). Kanun yolunda, hakkında kanunyolu davası açılan son kararın kontrol edilebilmesi şöyle sağlanabilir: yeniden delil toplanmadan, ikinci muhakemede önce son kararın madî, hukukî ve muhakeme hukuku yönlerinde hata bulunduğunu gösteren yeterli tutamak noktaları (zureichende Anhaltspunkte) var olup olmadığı araştırılmalıdır. Yeterli tutamak noktası bulunduğu takdirde, yeniden olay muhakemesi (Tatsachensinstanz) yapılması haklı görünebilir. Fakat, böyle bir kanunyolu artık istinaf değildir, — mümkün olduğu kadar genişletilmiş de olsa — bir temyizdir. İstinaf ve temyizi, yepyeni bir kanunyolu (29) şeklinde düzenlemek için, bir potada eritmek mümkün değildir. Fakat, birinin bazı etkilerini diğerininkine yaklaştırmak mümkündür.

(25) Fezer'in, ütöfik olduğunu kendisinin de kabul ettiği ideal bir kanun yolunda aradığı hususların detaylı kataloğu için Bak.: Fezer, Revision, s. 14.

(26) Seçilebilecek sistem hakkında çeşitli varyasyonları derinlemesine inceleyen tasarının gerekçesine Bak., s. 32.

(27) RefE 1. JRG s. 35.

(28) RefE bir JRG'nin ilgili bölümünün karşılaştığı yerinde tenkitler için Bak.: (Preifer/von Bubnoiff, DRIZ 1972, 44; Schier-Eckl, NJW 1972, 182; Hanack, age., s. 191). Fuhrmann (ZStW 85, 1973, 45) sınırlandırılmış istinafı (Appellation) geliştirmek için detaylı bir teklif hazırlamış, fakat kendisi de, şimdi istinaf edilemeyen suçlarda Appellation'un uygulanamayacağını kabul etmiştir. (s. 71 vd.)

(29) ÖTV meslek grubunun Armağanında (Bak.: dip not 11) bu görüş savunulmaktadır. Armağan detaya inmeden, ana gayeleri tesbit etmektedir (Kullmann, ZRP 1972, 231 de detaya inmemiştir). Ayrıca Bak.: Knoche, DRIZ 1972, 98.

Sadece temyizden ibaret olan, tek kanunoyolu sistemin, karşılaştığı sorun, ceza hâkiminin yetki alanı içine giren hafif suçluluktaki suç kitlesinin muhakemesidir. Tek kanunoyolunda kontrol unsuru ağır basarsa, ilkmuhakemede duruşma faaliyeti ve gerekçe gösterme işlemleri yoğunlaşacaktır. Genellikle hem maddî hem de hukukî mesele açısından basit olan hafif suçluluktaki suç kitlesini bu yoldan muhakeme etmeye ne personel yeter, ne de bu tarz bir muhakeme maksada uygun düşer. Senelik iş hacmi ortalama 500.000 ve kanunoyoluna başvurma oranı % 15 olduğuna göre, sadece zor işlerde ikinci bir muhakeme yapılmasının kabul edilmesi kaçınılmazdır. Ceza hâkiminin yaptığı muhakeme, şimdiye kadar yapılageldiğinden daha basit bir hale getirilirse, ikinci muhakeme sırf tekrar karakterinden kurtulmuş olur; bu çözüm tarzı, şimdiye kadar uygulamada iyice yerleşmiş olan ceza kararnamesi gözönünde tutulacak olursa, sistemimize tamamiyle aykırı düşmemektedir. İkinci olay muhakemesini, olağan ilkmuhakeme kabul edip, bunu da sadece zor meselelere inhisar ettirmek, rasyoneldir. Komisyon, tek kanunoyolu fikrini bütün suçlarda benimsemeyip, ceza hâkiminin ceza kararnamesini (Strafbescheidverfahren) önermekle, yepyeni bir çözüm getirmiştir. Bu çözüm, komisyonun benimsediği kanunoyolu anlayışı ile de uyum halindedir (31).

#### IV. Tasarının detayları :

##### 1) Genel hatlar :

Tasarı, Alman Ceza Muhakemesi Kanununun (StPO) üçüncü kitabının üçüncü ve dördüncü kısımlarının (Abschnitt) ilga edilerek, yeniden düzenlenecek olan ve «Urteilsrüge» (32) başlığını taşıyacak olan üçüncü kısmın konmasını önermektedir. Yeni «Urteilsrüge» kanunoyolu, toplu Asiye mahkemesinden (Schöffenengericht), Yüksek Eyalet Mahkemesine (Oberlandesgericht)

(30) Bu çözümün öncüleri hakkında Bak.: Riess, JR 1975, 224, dip not 2, 3.

(31) Gerekçe hakkında Bak.: Tasarı gerekçesi, s. 34, 38.

(32) Tasarı metni, m. 1, no. 43 (312-342. maddeler).

kadar bütün mahkemelerin ilkmuhakemede verecekleri bütün sonkararlara karşı başvurulacak yegâne kanunyolu olacaktır.

Tasarının önemli tekliflerinden biri de, kanuna yeni bir kitabın (2a) eklenmesidir (33). Bu 2a kitabı, ceza hâkiminin yapacağı basit muhakemede uygulanacak özel hükümleri içermektedir. «Bütün yargılama organlarının ilkmuhakemede aynı muhakeme hükümlerini uygulamaları» prensibinden tasarı ayrılmıştır; ceza hâkiminin yaptığı muhakeme, normal muhakemeden farklıdır.

Yeni kanunyolu sisteminin, kanun tekniği açısından, kanunda yapılmasını zorunlu kıldığı birçok değişikliğin yanısıra, sonkarar gerekçesi ve duruşma tutanağı ile ilgili maddelerin de değiştirilmesi gerekecektir (34). Mahkemelerin Kuruluş Kanununda (Gerichtsverfassungsgesetz) (35) yapılacak değişiklikler, mahkemelerin kuruluşunun, yeni kanunyolu sisteminin gereklerine uygun biçimde olmasını sağlayacaktır. Bu meyanda madde itibarıyla yetki kriteri de daha iyi düzenlenmektedir.

Birçok kanunlar StPO'daki kanunyolları ile ilgili hükümlere yollamalar yaparlar (36). Tasarının teklifleri kanunlaştığı takdirde, bunların da uygun biçimde düzenlenmesi gerekir. Tasarı, bu kanunlardan sadece gençlerin muhakemesi ile ilgili hükümlerin yeni sisteme uygun hale getirilmesine yönelik önemli teklifler getirmiştir (37).

(33) Tasarı metni, m. 1, no. 38 (StPO 288-295 o maddeler).

(34) Bak.: tasarı metni, m. 1, no. 2 (m. 23), no. 26 (m. 209), no. 31 (257-267 b maddeler), no. 33 (m. 270) ve, no. 35 (m. 273).

(35) Tasarı metni, m. 2.

(36) Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu, (OWiG) m. 79, fıkra 3, BRAO m. 143 II, 145,

(37) Tasarı metni, m. 3. Yeni kanunyolu sistemi gençlerin muhakemesinde de uygulanacaktır. Yeni 55 a madde eklenerek, bugünkü düzenlemede Gençlerin Muhakemesi Kanununun 55 II maddesinde öngörülen kanunyolu sınırlandırılması, basit hukukî sonuçlarda kanunyolu kabul edilmemesi şekline dönüştürülmekte; basitleştirilmiş genç muhakemesi, ceza kararnamesi muhakemesi (Strafbescheid) muhakemesi şeklini alacaktır (Bak.: tasarı gerekçesi, s. 122, 125, 127).

2) *Tek kanunyalu «Urteilsrüge» :*

Bugünkü kavramlar ve sistematik açısından bakıldığında, «Urteilsrüge» de (38) bir «temyiz»dir. Bugüne kadar yürütölen reform çalışmalarındaki terminoloji «genişletilmiş temyiz» idi.

Sözü edilen «genişleme» üç alandadır (39) :

a) Sonkararın maddî tesbitlerinin, doğruluk açısından kontrol edebilmesi için, kanunyalu mahkemesine daha geniş imkânlar hazırlanmalıdır,

b) Vazgeçilemez şekli sınırlamalar hariç, temyizün bugünkü sınırları kaldırılmalıdır.

c) Kanunyalu mahkemesi bizzat tesbit yapabilmelidir; bu şekilde, bozup ilkmahkemeye yollamanın geciktirici etkisi azalacaktır.

Tasarı ayrıca, kanunyalu ile ilgili hükümlerde öngörölen değişikliklerden, başka, bugünkü sistem muhafaza edildiği takdirde dahi kabul edilebilecek bazı değişiklikler sunmaktadır (40).

a) *Maddî tesbitlerin kontrol edilmesi :*

Temyiz mahkemesi, suçluluk ve ceza meselesi hakkında bizzat yeniden delil toplayıp, varacağı sonucu ilkmuhakemede varılmış olan sonuçla karşılaştırılarak maddî tesbitleri (tatsaechliche Feststellungen) «kontrol» etmez; bunu istinaf yapar. Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda hâkim bulunan «ilkmuhakemedeki sözlülük ve doğrudan doğruyalık prensipleri» ile, olay hâkiminin (Tatrichter = esas hâkimi) kararını dosyadan edin-

(38) Yeni kanunyaluna seçölen isim hakkında Bak.: gerekçe, s. 37.

(39) Gayenin tesbiti hakkında Bak.: tasarı gerekçesi, s. 36.

(40) En önemlileri şunlardır: kanunyalundan vazgeçmenin, duruşmadan hemen sonra yapıldığı takdirde muteber sayılması (m. 302, tasarı gerekçesi, s. 69), kusur ehliyetsizliğinden dolayı beraat edene, kanunyaluna başvurma yetkisi tanınması (m. 313, tasarı gerekçesi, s. 72): tefhim sanığın yokluğunda olmuşsa, kanunyaluna başvurma süresinin hüküm fıkrasının tebliği ile başlaması (m. 317 II, tasarı gerekçesi, s. 81) ve kanunyalu mahkemesinin bozup ilkmuhakemeye yollaması halinde, işe ilk defa bakmış olan hâkimin yargılamama mecburiyeti (m. 23, tasarı gerekçesi, s. 44).

diği kanaat ile değil, vicdani delil sisteminde «doğrudan doğruya duruşmadan edindiği kanaata göre vermesi prensipleri» de, sistemden doğan bazı sınırlamaları zorunlu kılmaktadır. Kanun-yolunda yapılacak reformun, anılan bu ana prensipleri ihlâl etmemesi gerekir. Meselâ, dosya muhtevasının (duruşmanın ceryanını belgelemediği sürece) maddî tesbitlerle çelişik olması, tesbitlerin hatalı olduğuna karine teşkil etmez. Olan hukukta (lex lata) çizilmiş olan sınır, hem temyiz sebebi (Prüfungsstab), hem de temyiz konusu (Prüfungsgrundlage) açısından (41), işin mahiyeti gereği çizilebilecek sınırdan çok dar tutulmuştur. Bu yüzden temyiz genişletilmesi imkânı vardır. Tasarı, her iki bakımdan da, temyiz uygulamasında uzun zamandan beri yerleşmiş bulunan fiilî durumu kanunlaştırarak temyizi genişletecek değişiklikler getirmektedir.

*Temyiz sebebi (Prüfungsstab)* StPO 337. maddeye göre sadece kanuna aykırılıktır (Gesetzesverletzung); yani bir hukuk normunun yanlış uygulanması veya hiç uygulanmamasıdır. Temyiz uygulamasında, uzun zamandanberi, bu temyiz sebebinin, belirli ölçüde maddî tesbitleri de kapsadığı görüşü — gerekçesi tatmin edici olmamakla birlikte (42) — yerleşmiştir. Bu görüş genellikle şu kriterler ile ifade edilmiştir; «mantık kurallarına veya zorunlu tecrübe kaidelerine aykırılık» veya «maddî tesbitlerin eksik, gayri vazih ve mütenakız olması» (43). Temyiz doktrinindeki daha yeni görüşler, yukarıda anılan kriterlerin de yetersiz olduğunu savunmaktadırlar: Fezer (44), maddî tesbitlerin tümünün geniş kapsamlı bir biçimde kontrol edilmesini mümkün görmekte, Schmidt (45) ise, maddî tesbitlerin kabul edilebilir olup olmadıklarının (Vertretbarkeit) kontrol edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Temyizin kontrol etkisi şöyle de formüle edilebilir: «temyiz mahkemesi elinde bulunan verilerden (Unterlage) faydalanarak, maddî tesbitlerin hatalı olduğunu gösteren tuta-

(41) Bu kavramlar hakkında Bak.: Fezer, Revision, s. 178.

(42) Bak.: Geerds, age. s. 271.

(43) Alışılmış bu tarifler için Bak.: Löwe-Rosenberg-Meyer, m. 337, Anmerkung V 2, 3; Kleinknecht, m. 337, Anmerkung D 3, 4; Dahs/Dahs, die Revision im Strafprozess, RZ, 51.

(44) Revision, s. 170 vd; Legitimerung, s. 51.

mak noktaları (Anthalitspunkte) «karineler» (İndizien) mevcut bulunup bulunmadığını araştırır».

İşte temyiz bu noktada genişletilmektedir. Tasarı, StPO 337. maddeye karşılık teşkil edecek olan 314. maddesinde yeni kanun-yolu sebebini (Rügegrund) şöyle ifade etmektedir: «önemli maddî tesbitlerin doğruluğu hakkında veya hukukî sonuçların seçimi ve uygulanmasında hata yapıldığı hakkında ağır basan şüphe varsa» (schwerwiegende Bedenken gegen die Richtigkeit erheblicher Feststellungen oder gegen die Auswahl und Zumaessung der Rechtsfolgen) (46). Böylece, (maddî hukuk açısından) hukuka aykırılık iddiası (Rüge der Gesetzesverletzung), salt sonuç çıkarma hatasına (Subsumtionsfehler) indirgenmekte ve uygulamada ortaya çıkan hususlar yeni ilâve edilen geniş kapsamı genel tarifin içine alınmaktadır. Temyizin etkisi Fser ve Schmidt'in anladıkları şekilde kanuna girerse, uygulamanın kanunlaştırılması sağlanmış olacak ve aslında varolmakta birlikte, bilinmeyen bu geniş etki alanı ortaya çıkarılmış olacaktır (47).

Yeni kanun yolu ile, delillerin serbest değerlendirilmesi yetkisi de kısmen kontrol edilebilecektir (tasarı m. 314, fıkra 2, cümle 2). Tasarının gerekçesine (48) göre, hâkimin kararı; mantıkî uygulanabilir ve açıklanabilir bilgiler kombinasyonudur ve mantıken tam olarak gerekçelendirilemiyen ve kelimelerle sadece en sonda dile getirilebilen şahsiyete bağlı bir karardır. Hâkimin karar verirken yaptığı sanılan hatalar «ilksonkararın hatalı olduğu,

---

(46) Tasarının teklif ettiği 314. madde şöyledir:

(1) Urteilsrüge, sonkararın bir kanuna aykırılık taşıdığı sebebine dayandırılabilir. Bir hukuk normu hiç uygulanmamış veya doğru uygulanmamışsa, kanun ihlâl edilmiştir.

(2) Urteilsrüge, önemli tesbitlerin yapılmasında veya hukukî sonuçların seçim veya tayinlerinde ağır basan hata yapılmış olduğu iddiasına dayandırılabilir. Sadece olay hâkiminin edinebileceği bilgiler ile ilgili olmadıkça, hâkimin kanaatinin oluşmasında tereddüt edildiği iddiasına dayandırılabilir. İlkmuhakemede gözönünde tutulabilmesine olanak olmayan yeni olay ve deliller ile şüphe haklı gösterilemez.

Tasarının gerekçesinde (s. 73-81) ayrıntılı bilgi vardır.

(47) Bak.: tasarı gerekçesi, s. 36.

(48) Bak.: tasarı gerekçesi, s. 76. Hazırlanan geçici kaba hatlarda (VRF) 337. maddenin 4 no. lu bendinde bambaşka bir görüş aksettirilmekte idi (Fezer, Revision, 302).

iddiası» (Bedenkenrüge) (49) ile ileri sürülebilir. Bedenkenrüge'nin kapsamını çizmek zordur, bunu uygulama yapacaktır. Fakat sınırı çizmenin uygulamaya bırakılması aleyhte etki yapmalıdır; çünkü maddî - hukukî mesele ayırımında da bugüne kadar, daha büyük zorluklarla karşılaşmıştır (50). Bugün yürürlükte olan kanuna göre, temyiz muhakemesinde yargılama konusu yazılı sonkarar gerekçesinden incelenir. Dosya muhtevası, maksada uygun bir inceleme için, kanundaki düzenleme açısından yeterli değildir, fakat bu aşlamıyacak bir engel değildir (51). Durum böyle olduğu halde, temyiz mahkemesi sadece özel halde, ilkmuhakemedeki soruşturmanın yetersiz olduğu iddiası (Aufklaerungsrüge) ile açılan davalarda, sınırlı olarak dosya muhtevasını inceleyebilmektedir (52).

Tasarı, dosya muhtevasını da, kanunyolu mahkemesinin incelemesine açmayı (Prüfungsgrundlage) önermektedir (53). Fakat «olay hâkiminin (Tatrichter) kararını sadece duruşmadan edineceği kanaate göre verme görevi» muhafaza edildiğinden, şüp-

---

(49) Daha yeni doktrinde, mantiken takip edilemeyen kanaatin temyize başvurma hakkı vermesi görüşü savunulmaktadır (Bak.: von Hippel, *der Deutsche Strafprozess*, 1941, s. 386, 555; Peters, *Lehrbuch des Strafprozessrechts*, 2. Aufl., s. 267; Kern-Roxin, *Strafverfahrensrechts*, 13. Aufl., s. 276; Geerds, *age.*, s. 273), fakat hâkim görüş (Löwe/Rosenberg/Gollwitzer, m. 261, Anmerkung 2b; Löwe-Rosenberg-Meyer, m. 337, Anmerkung V 2<sup>o</sup>; Kleinknecht, m. 261, Anmerkung 9; Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., s. 349; Dahs/Dahs, RZ 75) ve açıkca bu meseleye ilişkin olan mahkeme kararları (BGHSt 10/208 «210») aynı görüşte değildir.

(50) Çeşitli teorileri Kuckinke, (*Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigungen und Feststellungen in der Revisionsinstanz*, 1964) aksettirmektedir. Maddî - hukukî mesele ayırımının güçlüğü hakkında Bak.: Peters, *age.*, s. 562; Geerds, *age.*, s. 276; Henkel, *age.*, s. 374; Dahs/Dahs, *age.*, RZ 44.

(51) Aksi fikirde olan Fezer (*Revision*, s. 171) temyiz içtihatlarının karşılaştığı en büyük zorluğun 267. maddenin eksik düzenleniş şeklinden doğduğunu savunmaktadır. Fakat içtihat bu sınırı uzun zaman önce aşmıştır.

(52) Bak.: Sarsted, *die Revision in Strafsachen*, 4. Aufl., 1962, s. 173. Aufklaerungsrüge'nin gelişmesi hakkında Bak.: s. 162, önemi hakkında Bak.: s. 168 ve Dahs/Dahs, RZ 354. Aufklaerungsrüge'nin başarı ihtimali ve kabule şayan görülmeyen iddiaların ortalamanın çok üstünde oluşu hakkında Bak.: tasarı gerekçesi, tablo, 13b.

(53) Bak.: tasarı metni, m. 323 II ve gerekçe, s. 77.

heler doğrudan doğruya dosya muhtevasına dayandırılmalıdır. Daha önce önerilmiş olan, «genel bir dosyaya aykırılık iddiasını» (eine allgemeine Rüge der Aktenwidrigkeit) tasarı kabul etmemiştir (54). Bu önerinin yerine, ilkmuhakemedeki soruşturmanın yetersiz olduğu iddiasının (Aufklaerungsrüge) ana fikri daha geniş ele alınarak, dosya muhtevasının temyizce incelenmesine olanak sağlanmıştır (55). Dosya muhtevası, duruşmada re'sen tüketici olarak toplanması gereken elemanların topluluğudur. Bütün deliller tam olarak toplanmadan sonkarar verilmişse, sonkararın maddî olaylar yönünden dayanağı tam değildir ve bu yüzden doğru olmaması hakkında kuvvetli şüphe vardır (schwerwiegende Bedenken). Tesbitlerin hatalı olduğu iddiası o kadar tehlikeli değildir, olay hâkiminin bu aykırılığın farkına varmaması ve — meselâ sorular sorarak — gidermemesi daha sakıncalıdır. İlkmuhakemedeki soruşturmanın yetersiz olduğu iddiasından (Aufklaerungsrüge) geliştirilen bu inceleme tarzının, uygulamada karşılaşılabileceği bir önemli zorluk vardır; bu da temyiz mahkemesinin hatayı farkedebilmesi sorunudur. Dosya muhtevası, inceleme konusunu, sınırsız olabilecek bir şekilde genişletmektedir ve dosya muhtevası, yazılı sonkarar gerekçesinin aksine temyiz mahkemesince herhalde gözönünde tutulamaz. Dosyanın bazı bölümlerinde şüphe uyandırıcı sebepler olduğu gerekçesi ile, ilksonkararın hatalı olduğu iddiası (Bedenkenrüge) ileri sürüldüğünde, kanunyolu mahkemesi, yerine getirilemez bir görev ile karşı karşıya bırakabilirdi. Bu yüzden, kökü muhakeme hukukuna ilişkin yetersiz soruşturma iddiasına (Verfahrensrechtliche Aufklaerungsrüge) dayanan bu «ilksonkararın hatalı olduğu iddiası» (Bedenkenrüge) ileri sürülürken, hangi noktaların hatalı sanıldığının bildirilmesinden vazgeçilemez ve bu husus tasarı tarafından öngörülmüştür (56). Fakat bu önlem de dosyanın sınırsız bir şekilde incelenmesi sakıncasını ortadan kaldıramaz; zira sadece belirli bir nok-

(54) Bak.: gerekçe, s. 77. Aynı zamanda duruşma sonuçlarını aksettiren dosya kısımları, meselâ duruşmada okunan belgeler hakkında aynı şey uygulanmaz.

(55) Buna benzer, fakat bununla tam mukayese edilemeyen, Aufklaerungsrüge ihdas edilerek temyizcinin genişletilmesi sonucunu elde etme teklifi hakkında Bak.: Pfeifer/von Bubnof, age., s. 49.

(56) Bak.: tasarı metni, m. 323 II ve 333 III.



ta ileri sürülmüş olsa dahi, bu kısım hakkındaki tereddütün giderilmesi için dosyanın tamamının incelenmesi gerekebilir ve kanunyolu mahkemesinin bu imkânı vardır. Tasarı bu tehlikeyi farketmekle birlikte, göze almak yanlısıdır (57). Olay hâkiminin hatayı giderme teşebbüsünde bulunup bulunmadığının araştırılması da kanunyolu mahkemesi için çok zor bir iştir. Tasarı, duruşmada kelime kelime tutanak tutulmasından sarfınazar ettiği için, duruşmanın gidişi ortaya konamamakla birlikte (58), lafzı veya muhtevası hatalı olduğu iddia edilen dosya kısmının resmen tutanağa geçirilmesi görevini koymakla, bu sorunu çözmeye çalışmaktadır (59).

Genişletmenin uygulama açısından sakıncalı yönünü, dosya muhtevasının kanunyolu mahkemesinin incelemesine sınırlı bir biçimde açılması teşkil etmektedir (60). Şimdi, temyizın etki alanının genişliği artık bilindiğine göre, yeni kanun yolunun tek kanunyolu olarak, sınırlı inceleme de olsa, istinafın yerini tutup tutamayacağı araştırılmaya değer.

Tasarı, ilksonkararın hatalı olduğu iddiasını (Bedenkenrüge) haklı göstermek için hakikî yeni olay ve delillerin ileri sürülmesini, istisna kabul etmeksizin, reddetmiştir (Tasarı, m. 314, fıkra 2, cümle 3) (61).

(57) Tasarı, temyizde karşı tarafın açıklamalarına büyük önem vermektedir (Bak.: gerekçe, s. 90, 102).

(58) BRAK'ın önemli genişletme tekliflerinden birini teşkil eden (s. 40) kelime kelime tutanak tutulmasından sarfınazar edişin gerekçesi hakkında Bak.: tasarı gerekçesi, s. 54 ve Eckl, age., s. 214, dip not 23. Kelime kelime tutanak hakkında ayrıca Bak.: Seetzen, age., s. 290.

(59) 273. maddenin yeni şeklinde Bak.: (gerekçe, s. 56. Tasarı buna mukabil, VRF'nin teklifi olan, mahkemeye, sonkarar gerekçesinde dosya muhtevası ile karşılaştırma mecburiyetinin getirilmesi çözümünü (Bak.: m. 337 no. 4 ve m. 267 f. 1'in Fezer'in, Revision, s. 302 de naklettiği şekli) kabul etmemektedir. Bu yola başvurulsa idi, sonkarar gerekçesinin yerine getirilemeyecek kadar ağır şartları haiz olması gerekecekti.

(60) Fezer'in aşırı olmakla birlikte her noktası inandırıcı olmayan tenkitleri hakkında Bak.: Fezer, Revision, s. 198 Fezer, «Rüge der Aktenwidrigkeit» ve tasarının önerdiği geliştirilmiş «Aufklaerungsrüge» arasındaki ayırım tam açık değildir.

(61) Gerekçe ve ayrıntılar hakkında Bak.: tasarı gerekçesi, s. 73 ve Eckl, age., s. 214. Komisyonun azınlığı, Urteilsrüge ile, kanun yolunun yersiz bulunması halinde ele alınmak üzere, muhakemenin yenilenmesi talebinin birleştirilmesini teklif etti (Bak.: Seetzen, age. s. 291).

b) *Hukukî sonuçların hatalı olduğu iddiası: (Rechtsfolgenrüge) :*

Yeni kanun yolu, tasarıya göre, hukukî sonuçların seçimi ve tayininde (die Auswahl und Zumaessung der Rechtsfolgen) hata yapılmış olduğu hakkında kuvvetli şüphe olması (schwerwiegende Bedenken) sebebi ile de açılabilir (62).

Hukukî sonuçlar hakkında karar (Rechtsfolgenausspruch) üç yönden kontrol edilebilir olmuştur: hukukî hata (Rechtsfehler), şimdiye kadar olduğu gibi, kanunun ihlâlini kapsamaktadır. Hukukî sonuçların tayini olayının (Rechtsfolgenzumaessungssachverhalt) tesbitinde yapılan hata, yeni Tatsachenrüge (maddî olayda hata iddiası) ile kanun yolu davası konusu yapılabilecektir. Cezanın takdiri sebepleri (Strafzumaessungsgründe) (63) tam ve hatasız olmakla birlikte son kararın hatalı ve kabul edilemez sonuçlara varması halinde, hukukî sonuçların hatalı olduğu iddiası (Rechtsfolgenrüge) ileri sürülebilecektir. Cezanın takdiri (Strafzumaessung), doktrindeki yeni görüşlerin çoğunluğu gibi, hukukun uygulanması (Rechtsanwendung) olarak anlayanlar (64), burada kayda değer bir genişleme bulmayacaklardır; fakat olay hâkiminin, temyizde incelenemeyen takdir hakkına (Ermessensspielraum) sahip olduğu görüşünde olanlar bakımından ehemmiyetli yeni inceleme imkânları doğmuştur (65).

c) *Urteilsrüge'de gerekçe gösterme mecburiyeti :*

Tasarı, yeni kanun yolu için gerekçe gösterme mecburiyetini

(62) Bak.: Tasarı gerekçesi, s. 80; Eckl, age., s. 215.

(63) Bak.: Sarstedt, age., s. 264, dip not 48.

(64) Bak.: Warda, *dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962; Zipf, *Strafmassrevision*, 1969; Frisch, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumaessung*, 1971; Bruns, *Strafzumaessungsrecht*, 2. Aufl. 1974, 6. Hauptteil; Kern-Roxin, age., s. 277.

(65) Bu konuda içtihat istikrarlı değildir. Kararların çoğunluğunda, olay hâkiminin kontrol edilemeyen bir takdir yetkisi alanı bulunduğu görüşü ağır basmakla birlikte (Bak.: meselâ BGSt 17/36 ve Löwe-Rosenberg-Meyer, m. 337, Anmerkung V 4b), bu görüşü savunmayan kararlara rastlanmaktadır, Meselâ yayınlanmamış olan kararında BGH (10.6.1975 - 5 StR 256/75 no. lu kararında) tekerrür olmasına rağmen cezanın bu kadar ağır hükmedilmesini yersiz bulmuştur.

(Begründungspflicht) muhafaza etmiştir (66). Zira temyize benzeyen, kontrol edici bir kanunyolu, kanunyoluna başvuranın gerekçesinden vazgeçemez, çünkü kanunyolu gerekçesi, kanunyolu mahkemesinin inceleme programını belirleyecektir. Gerekçe gösteren, kanunyolu mahkemesinin bilemiyeceği durumlara, meselâ muhakemenin safahatındaki olaylara, şüphe uyandıran ve sonkararda belli olmayan olaylara dayandığı takdirde, gerekçe gösterilmesi yapıcı olur. Ayrıca gerekçe, kanunyolu davasının kapsamını ve ileri sürülen iddiaların cinsini belirtebilir ve sonkararın içeriği hakkında tereddütleri açıklayabilir. Bu, faydalıdır, fakat vazgeçilemez değildir. Her gerekçe gösterme mecburiyeti bazı problemleri beraberinde getirir, bazı şekli sınırlamalar koyar ki, bunlara yanlışlıkla veya bilmemezlikten dolayı riayet edilmez ise, maddî hakikatin ortaya çıkması zorlaşır. Bir kanunyolunda aykırılık iddiaları (Rüge) ne kadar çok çeşitli olursa, bu tehlike o kadar büyür.

Tasarının genişletme teklifleri, temyiz iddialarının (Revisionsrüge) tiplerini iki misline çıkarmıştır: maddî hukuka aykırılık (Sachrüge) ve muhakeme hukukuna aykırılık (Verfahrensrüge) iddialarının yanısıra maddî olaylarda hata olduğu (Tatsachenrüge) ve hukukî sonuçlarda hata yapılmış olduğu (Rechtsfolgengrüge) iddiaları ortaya çıkmıştır. Tasarı, hukukun gelişmesini engellemek gayesi ile, müşahhas olay gruplarının kanunun ihlâli iddiasına mı (Gesetzesverletzung), yoksa hatalılık iddiasına mı (Bedenkenrüge) girmesi gerektiği hususunu düzenlememiştir (67). Uzunca sürebilecek bir geçiş devresi zarfında yanlış iddialar ileri sürülmesi ihtimali vardır. Bundan kanunyoluna başvuran zarar görmemelidir. Kesin ve özel belirli iddiaların (streng spezielle Einzelrüge) prensibi uygulanmak istense idi, diğer bir iddia kapsamına (Rügebereich) girip de, ileri sürülmemiş bir hata görüldüğü vakit, hangi hallerde bu hatanın gözönünde tutulması gerektiği konusu da ayrıca düzenlenmek gerekirdi. Bu ise, çok karmaşık bir kanunyolu düzenlemesini gerektirirdi (68). Komisyon bu yüzden genel iddiayı seçmiştir (Gene-

(66) Tasarı metni, m. 321-323. Gerekçenin önemi ve görevi ile yeni gerekçe anlayışı hakkında Bak.: tasarı gerekçesi, s. 36, 83.

(67) Tasarı gerekçesi, s. 78.

(68) VRF'nin 352 b maddesi ile yaptığı başarısız teşebbüs hakkında Bak.: Fezer, Revision, s. 303.

ralrüge) (69). Eğer bir gerekçe gösterilmişse, kanunyolu mahkemesi daima sonkararın, maddî hukuk yönünden doğru olup olmadığını ve maddî tesbitler açısından ve hukukî sonuçlar yönünden şüpheye yer olup olmadığını araştırmalıdır (70). Daha fazla gerekçe gösterilmemişse, inceleme konusu sadece sonkarar gerekçesidir. Sonkararda yer almamış olan ve muhakemenin safahatı ile ilgili olaylar (Urteilsfremde Tatsachen) veya dosya muhtevassından çıkan ve muhakeme hukukuna aykırılık iddiası (Verfahrensrüge) veya hatalılık iddiasının (Bedenkenrüge) konusu olabilen olaylar, gerekçe gösterme süresi zarfında bildirilmelidir. Bu açıdan bakıldığında genel aykırılık iddiası (Generalrüge) ne bir genel muhakeme hukukuna aykırılık iddiasıdır (Verfahrensrüge) (71), ne de genel dosyaya aykırılık iddiasıdır (Aktenwidrigkeitsrüge). Tasarı iddianın cinsinin bildirilmesini yapıcı bir hüküm olarak öngörmektedir. Bu yüzden temyiz mahkemesinin arzu edilmeyen fazla yük altına girmesi sözkonusu değildir (72).

İstinafın bugünkü düzenlemesinde olduğu gibi (StPO m. 318, fıkra 2), tasarıya göre de, eğer kanunyolu kapsamı (Anfechtungsumfang) hakkında bir şey söylenmemişse, sonkararın tamamı incelenecektir (73). Ayrıca, bugünkü düzenleme aşılarak, sonkararın kanuna aykırılık mı, yoksa hatalılık yüzünden mi kanun yoluna götürüldüğünün açıklanması istenmektedir (74). Bu ise,

---

(69) Azınlıkta kalan görüş, iddianın cinsinin bildirilmesini mecburî kılmak istemekte, fakat yanlış iddia ileri sürüldüğü takdirde, başvuranın zarar görmemesini önermektedir (gerekçe, s. 87).

(70) Muhakeme hukukuna ilişkin hataların kontrolü — mer'î hukukta olduğu gibi — hatayı içeren olayın süresinde gösterilmesi ile sağlanır.

(71) Bunu BRAK (s. 31 vd.) ve Jagusch (NJW 1971 2011) teklif etmişlerdi. Kabul edilmeme gerekçesi hakkında da tasarı gerekçesi, s. 101.

(72) Sadece muhakeme hukukuna aykırılık iddiası ileri sürülmesi halinde, kanunyolu konusu olan sonkararın okunmasına gerek yoktur. Diğer hallerde sonkarar okunacağından, az da olsa, işin artmasına sebep olacaktır. Mamafih sadece muhakeme hukukuna aykırılık iddiası çok nadir olarak ileri sürülür. Bak.: tasarı, tablo 10.

(73) Bak.: tasarı metni, m. 321; tasarı gerekçesi, s. 84.

(74) İçerik ile ilgili böyle bir iddianın bulunmaması, kabul edilmeme müeyyidesini gerektirmez, fakat mahkemenin kararı ile redde yol açabilir. Tasarı gerekçesi, s. 86, 95.

hukuk bilen bir müdafii gerektirdiğinden, gerekçenin mahkeme kalemine verilmesi gerekmektedir (75). Tasarının yeni gerekçe gösterme anlayışı, temyizün bugünkü, fonksiyonu olmayan şekil şartlarının ortadan kaldırılmasına yardımcı olacaktır.

d) *Temyiz mahkemesinin ilâve delil toplaması (76) :*

Temyiz bugün kendisi delil araştıramamaktadır ve bu kuralın istisnası yoktur. Bozarak ilkmahkemeye yollamanın muhakemeyi uzatması ve ekonomik olmaması sakıncalarına rağmen, temyiz mahkemesinin, toplanması çok kolay olsa dahi, delil toplayarak muhakemeyi sona erdiren bir karar vermesine imkân yoktur. Kanuna rağmen, uygulama tarafından geliştirilmiş bir kurum olan suçluluk kısmının düzeltilmesi (Schuldspruchberichtigung) (77) burada sınırı çizmektedir. Tasarı bu durumu kanun haline getirmek istemektedir (78).

Tasariya göre, ilkmahkemeye göndermenin önüne geçilecekse ve muhakeme böylece hızlanacaksa, kanunyolu mahkemesi belirli tesbitlerin tamamlanması ve kontrolü için bizzat delil toplayabilecektir. Sadece hukukî sonuçlar (Rechtsfolgenausspruch) açısından geri yollama gerekiyorsa, kanunyolu mahkemesi yaptığı tesbitlerden sonra, ilkmahkeme yerine kendisi hukukî sonuçlara da hükmeder (79). Bu muhakeme hakkında, ilkmuhakemedeki duruşmaya ilişkin hükümler uygulanır (80).

İstinaf muhakemesinin belirli bir bölümünün de yapıldığı bu muhakeme şeklinin uygulanabilmesi için, kanunyolu dava-

(75) Diğer sonuçlar için (meselâ artık müdafii bulunmayan sanığa müdafii tayini gibi) tasarı metnine Bak.: m. 322 III ve tasarı gerekçesi, s. 85.

(76) Bak.: tasarı metni, m. 330 ve gerekçe, s. 36, 95; Eckl, age. s. 215; Fezer, Revision, s. 261'de sistematik ilişkileri açık olmayan VRF'nin 252 c maddesini eleştirmektedir (ayrıca Bak.: Fezer, Revision, s. 303).

(77) Ayrıntılı bilgi için Bak.: Bode, die Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst, 1958; Bateraü, die Schuldspruchberichtigung, 1971 ve günümüzdeki uygulama için Bak.: Löwe-Rosenberg-Meyer, m. 354. Anmerkung I 7.

(78) Tasarı metni, m. 335; gerekçe, s. 102.

(79) Tasarı metni, m. 336, gerekçe, s. 105.

(80) Tasarı metni, m. 330 II 2, 331, II, 332 II.

sının kabul edilmiş olması gereklidir. Eğer küçük bazı tesbit eksiklikleri tamamlanacaksa, karanlık kalmış bazı küçük noktalar aydınlatılacaksa, veya müşahhas bazı tesbitler sonradan yapılacaksa (81), bu yola başvurulabilir. Müşahhas tesbitlerin ayrı olarak değerlendirilmesinin artık mümkün olmadığı yerde ise başvurulamaz. Burada kullanılmış olan belirli olmayan hukukî kavramlar (unbestimmte Rechtsbegriffe) ve takdir yetkisi (Ermessensspielraum) ile kanunyolu mahkemelerine oldukça elâstiki bir uygulama alanı bırakılmış olmaktadır. Ek delil toplama faaliyeti umulmadık derecede genişlerse, ilkmahkemeye iade yoluna başvurulabilir (82).

e) *Temyiz mahkemesinin ret kararı :*

349. maddenin 2 ilâ 4. maddelerinde düzenlenmiş olan mahkemenin sonkarar olmayan bir kararla (Beschluss) esas hakkında karar vermesi, başlangıçta temyiz yükünü hafifletici bir hüküm olarak düşünülmüştü, fakat zamanla, temyiz davalarının çokluğu karşısında vazgeçilemez bir kurum olarak kendisini kabul ettirdi (83).

Temyiz muhakemesinde, kural olarak, kararın dayanakları (Entscheidungsgrundlagen) duruşmadan önce sabit olmuştur ve duruşmada artık genişletilemezler. Temyiz genişletilirken yeni kanunyolu sebepleri ilâve edilmiş olması durumda değişiklik yapmaz (84). Tasarı bu yüzden mahkemenin esas hakkında ara kararı vermesinin uygulanma alanında değişiklik yap-

(81) Ek delil toplamanın uygulanma alanı sadece yeni *Bedenkenrüge*'ye inhisar etmez. Ayrıca temyiz mahkemesinin ilk mahkemeninkinden ayrılan hukukî görüşü, müşahhas ve yapılması zor olmayan bazı ek maddi tesbitlerin yapılmasını zorunlu kılıyorsa, bunların da toplanması mümkündür.

(82) Tasarı metni, m. 330 II 3.

(83) Ayrıntılı istatistikî bilgi için Bak.: tasarı gerekçesi, s. 92; Fezer, *Revisiön*, s. 270; BRAK (s. 52) sonradan, mahkemenin kararı ile *redde* (*Beschlussentscheidung*) karşı çıkmıştır. Tasarı BRAK'ın ileri sürdüğü gerekçeleri yerinde bulmamaktadır.

(84) Fezer, mahkemenin ara kararlarında önemli derecede azalma olacağını tahmin etmektedir. *von Gerlach* da, aynı tereddütü ileri sürmektedir (DRiZ 1971, 87).

mak istememektedir; tasarı şimdiye kadar olduğundan daha açık bir düzenleme getirmekle yetinmiştir. Tasarı, sonkararın yanısıra, ona eşdeğerli bir karar şekli daha getirmektedir. Tasarının önerileri şunlardır (85): mahkemenin ara kararı ile bozma ve mahkemenin ara kararı ile davanın reddi eşdeğerli kılınmakta, kararın oybirliği ile verilmesi şartı muhafaza edilmekte, bugünkü metinde aranan, davanın açıkça yerinde bulunmaması şeklindeki düzenlemeden, açıkça ibaresi kaldırılmakta, temyiz mahkemesi yanındaki savcılığın gerekçeli talebi zorunlu kılınmakta, fakat mahkemenin ara kararı ile vereceği ret kararının gerekçeli olması mecburî tutulmamaktadır (86).

### 3) Ceza hâkimi (Strafrichter) önündeki muhakeme :

Yukarıda (87), yeni kanun yolu ile, hafif suçların ceza hâkimi tarafından basit muhakeme yapılarak halledilmesi prosedürü arasındaki ilgiden bahsedilmişti. Bu muhakemenin kabul edilmiş gerekçesini ve önemli hükümlerini, detaylı olarak, başka bir yazımda belirtmeye çalıştım (88).

Bir seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya 360 gün para cezasını (Tagessatz) gerektiren suçlar, iş fazla geniş kapsamlı veya zor olmamak şartı ile, ceza hâkimi tarafından basit muhakeme usulüne göre yargılanacaktır (89). Ceza hâkimi yazılı ceza kararnamesi (Strafbefehl) (90) veya yeni sözlü ceza kararnamesi (Strafbefehl) usulüne başvurabilecektir. «Strafbescheid» muhakemesi, olağan ceza muhakemesi gibi, ha-

(85) Bak.: Tasarı metni, m. 329; gerekçe, s. 93.

(86) Tasarı gerekçesi, s. 95.

(87) Fak.: Yukarıda III ve tasarı gerekçesi, s. 38.

(88) Riess, Vereinfachte Verfahrensvorschriften für den Einzelrichter in Strafsachen, JR 1975, 224; ayrıca Bak.: Tröndle, Reform, s. 102 vd. ve Seetzen, age., s. 292.

(89) Tasarı metni, m. 2, no. 1 (m. 24 GVG); «kapsam» veya «zorluk» kavramları hakkında bak.: tasarı gerekçesi, s. 115.

(90) StFÖ 407 ve sonraki maddeler yerine geçmesi önerilen tasarı hükümlerine (tasarı metni m. 295 k - 295 o) bak. Ceza kararnamesinin kesin hükmü etkisinin sınırlı olması konusunun kanunla düzenlenmesi (tasarı m. 295 n. II ve tasarı gerekçesi, s. 68) haricinde, maddî açıdan değişiklik öngörülmemiştir.

kikatin re'sen araştırıldığı hâkim yetkilerinin her yönü ile kullanıldığı ve kesin bir kararla son bulan bir muhakemedir. Davanın açılması için yapılan muhakeme (Zwischenverfahren) (91) çok basitleştirilmekte, mahkeme hakikatin re'sen araştırılması prensibini gözönünde tutarak, delil ikamesinin sınırını çizmektedir; delil ileri sürme yetkisi, şeklen mevcut bulunmaktadır. Sözlülük ve doğrudandogruyalık prensipleri dikkatli bir şekilde gevşetilmekte (92), ceza kararnamesine (Strafbescheid) gerekçe gösterilmesi ve tutanak ile ilgili hükümler de basitleştirilmektedir (93). Komisyon üyelerinin çoğunluğu, sanık talep etmedikçe ceza kararnamesi muhakemesini (Strafbescheidverfahren) halka açık yapmamak yanlısıdır (94). Strafbefehl ve Strafbescheid adını alan ceza kararnamelerine karşı şekil şartı bulunmayan tek (einheitlich) karşı gelme (Einspruch) yolu vardır (95); karşı gelme üzerine toplu asliye mahkemesinde (Schöffengericht) genel hükümlere uyularak yeniden muhakeme yapılır ve bu yeni muhakemede aleyhe değiştirmeme mecburiyeti yoktur (96).

#### 4) Mahkemelerin kuruluşu ile ilgili kapsam :

İstinafın kalkması ile, istinaf yargılaması yapan organlardan sarfınazar edilebilecektir. Yeni tek kanunyolu, ilk muhakemedeki yetkinin aynı zamanda kanunyolu bakımından da yetkiyi tayin etmesi zorunluğunu kaldırmaktadır. Urteilsrüge'de zarurî olarak Yüksek Federal Mahkemeye kısmen verilmiş olan karar verme yetkisi, Yüksek Federal Mahkeme'ye gelecek iş yükünü

(91) Bak.: tasarı metni, m. 289-292, gerekçe s. 59.

(92) Bak.: tasarı metni, m. 295, gerekçe, s. 62. (okunmadan değerlendirilebileceği söylendikten sonra belgelerin kullanılması, tarafların rızası üzerine, hâkim işlemi olmayan tutanak ve yazılı raporların okunması; bak.: tasarı gerekçesi, s. 63.). Delil ikamesi ile ilgili hükümlerin basitleştirilmesi sorunu hakkında bak.: Riess, JR 1975, 227.

(93) Tasarı metni, m. 295 b III, 295 c.

(94) Tasarı metni, m. 2, no. 20 (m. 170 a GVG), lehte ve aleyhte fikirler için Bak.: tasarı gerekçesi, s. 121.

(95) Bak.: tasarı metni, m. 295 e — 295 i. Karşıgelme (Einspruch), ceza kararnamesine karşıgelme kurumuna benzetilmiştir, ancak yatay sınırlandırma sorunu açık kalmıştır (Bak.: gerekçe, s. 66).

(96) Bak.: tasarı metni, m. 295 i ve gerekçe, s. 67.



kontrol altında tutma sorununda yeni boyutlar ortaya koymaktadır.

a) *İlk muhakemedeki yetki sorunu :*

İşe ilk defa bakan yargılama makamlarının bir örnek kurulmamış olmaları ve bu farklı kuruluş sonucu farklı verim göstermeleri, ceza muhakemesinin konusu olan suçların farklı ağırlıkta olmaları ve muhakemelerin farklı zorlukta olmalarındandır. Tasarı, bu yüzden bugünkü farklı kuruluşu muhafaza etmektedir. Mamafih genişletilmiş toplu asliye mahkemesi (erweiterte Schöffengericht) tasarıda kabul edilmemiştir; zira bu mahkeme sadece, BGH'ya giden temyiz davası adedini azaltmaya hizmet etmiştir. Muhakemesi hakkında özel hükümler bulunan ceza hâkimi (Strafrichter) bir tarafa bırakılırsa, hafif ve orta ağırlıkta suçlar için (karşigelme - Einspruch - ve Schöffengericht'lik işler) bir meslekten hâkim ve iki halktan hâkimden kurulu mahkeme; ve ağır suçlar için ise, üç meslekten hâkim ve iki Schöffe'den kurulu büyük ceza dairesi (grosse Strafkammer) kalmaktadır. Schöffengericht'in yetki alanındaki suçlardan bazılarını, meslekten hâkimlerden kurulu olan büyük ceza dairesinin yetki alanına sokmak, ilk muhakemeyi mümkün olduğu kadar iyi yapmak şeklinde ifade edilen kanun yolu reformunun gayesine de uygundur. Tasarı bir taraftan Schöffengericht'lik işlerde ceza haddini iki yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ile sınırlandırarak eylemin ağırlığını gözönünde tutmakta, diğer taraftan ise, büyük ceza dairesine, hükmedilebilecek cezanın ağırlığına bakmaksızın, özellikle geniş kapsamlı veya özellikle zor işleri vererek müşahhas muhakemedeki ihtiyaçlara cevap vermek istemektedir (97).

Komisyonadaki tartışmalarda, itiraz (Einspruch) üzerine yapılacak muhakemede yetki ve şimdiki Schöffengericht'lik işlerin hangi mahkemenin yetkisine gireceği hususu fikir ayrılıklarına yol açmıştır. Bir görüşe göre asliye mahkemesinin bir dairesi olan

(97) Bugünkü düzenlemenin sınırlama kriteri olan «özel önem» (besondere Bedeutung) ibaresinin yerini «özel kapsam veya özel zorluk» (besonderer Umfang oder besondere Schwierigkeit) alacaktır. Ayrıntılı bilgi için Bak.: tasarı, s. 117.

Schöffengericht her iki hususta yetkili sayılmalıdır; bu görüş küçük ceza dairesinin (kleine Strafkammer) ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Diğer görüşe göre ise, Schöffengericht sadece karşılmede (Einspruch) yetkili olmalı ve muhafaza edilecek olan kleine Strafkammer şimdiki Schöffengericht'in yetkisi dahilindeki işlerin bir kısmında yetkili sayılmalıdır, yani görev itibarile bugünkü yetki ile bir değiştirme meydana gelmelidir. Tasarı ikinci görüşü benimsemiş ve görüşünü tatmin edici bir biçimde gerekçelendirmiştir (98).

Tasarıya göre (99), ilk muhakemedeki madde itibarile yetki şöyle dağıtılmıştır :

**Strafrichter:** ceza hâkimi geniş kapsamlı ve zor işler hariç, hafif suçlarda (bir seneye kadar) cezayı gerektirenler) (100) — ve basit muhakeme ile halledilecek (ceza kararnamesi = Strafbefehl veya Strafbescheid) suçlarda yetkili sayılmıştır.

**Schöffengericht:** ceza hâkiminin kararlarına karşı başvuru-labilecek olan karşılme (Einspruch) üzerine yapılacak duruşmada yetkilidir.

**Kleine Strafkammer:** Eyalet mahkemesinin küçük ceza dairesi çok geniş kapsamlı veya çok zor işler hariç, bir seneden iki seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren orta ağırlıktaki suçlarda ve hafif suçların geniş kapsamlı ve zor olanlarında yetkilidir (101).

**Grosse Strafkammer:** Eyalet mahkemesinin büyük ceza dairesi, ağırceza mahkemesinin yetkisi içindeki ve diğer iki seneden

(98) Gerekçe için Bak.: gerekçe, s. 40.

(99) Bu konuda Bak.: tasarı metni, m. 2, no. 1 (m. 24 GVG), no. 3 (m. 28 GVG), no. 7 (m. 73 GVG) ve no. 8 (m. 74 GVG).

(100) Ayrıca, para cezası 360 Tagessatz'la (gün para cezası) sınırlandırılacak; kesinleşmiş cezaların StGB 55. maddesine göre toplam cezaya çevrilmesi halleri de yetkinin genişlemesine yol açmıştır. Ceza hâkimi hürriyeti bağlayıcı emniyet tedbirlerine hükmedemeyecektir.

(101) Küçük ceza dairesinin yetkisi, kanun tekniği açısından, genel yetki olarak (Auffangszustaendigkeit) vasıflandırılmıştır. Bu mahkeme açısından da, kesinleşmiş kararların ele alınması yetki alanını genişletecektir. Bu mahkeme emniyet tedbirlerinden hürriyeti bağlayıcı olanlardan sadece, bir müesseseye yatırma tedbirine başvurabilecektir.

fazla cezayı gerektiren suçlarda (102) ve hafif ve orta ağır suçlardan çok geniş kapsamlı veya zor olanlarının hepsinde yetkilidir.

b) Kanun yolunda yetki. Schöffengericht ve kleine Strafkammer'lerin verecekleri son kararlara karşı açılacak kanun yolu davaları Oberlandesgericht'te incelenecektir. Yüksek Eyalet Mahkemesinin (OLG) ilk muhakemede verdiği son kararlara karşı açılan kanun yolu davası (Urteilsrüge) Yüksek Federal Mahkemede (Bundesgerichtshof) incelenecektir. Eyalet mahkemesinin büyük ceza dairesinin (Grosse Strafkammer) ilk mahkeme olarak baktığı işlerde verdiği son kararları hangi merciin inceleyeceği sorunu tartışmalıdır. Şimdiki uygulamada olduğu gibi, Yüksek Federal Mahkeme yetkili kılınsaydı tasarı ile Eyalet mahkemesinin ceza dairesinin yetkisi genişletildiği için ve müstakbel kanun yolu (Urteilsrüge) bugünkü temyize nazaran daha fazla iş gerektirdiği için, Yüksek Federal Mahkemeye iki misli iş yükü binerdi. Bu ise, Yüksek Federal Mahkemedeki ceza dairelerinin adedinin önemli oranda artırılmasını gerektirirdi. Bir merkezi yüksek mahkemenin en önemli vazifesi hukuk uygulamasında birliğin sağlanması ve hukukun gelişmesine ön-ayak olmaktır. Ceza işlerinde Federal Yüksek Mahkeme bugünkünden daha fazla daireden müteşekkil olursa, komisyondakilerin çoğunluğunun görüşüne göre (103), anılan gayeye erişmek zor olacaktır. Diğer yandan, kural olarak suçun işlendiği yere daha yakın olan Yüksek Eyalet Mahkemesi, ilk mahkeme hâkimin yapması gereken belirli işlemleri gerektiren yeni kanun yolunu (Urteilsrüge) en az BGH kadar iyi halledebilir.

Hukukun geliştirilmesi görevini yerine getirmek için hakiki kanun yolu şeklinde devamlı etki yapacak unsura ihtiyaç olduğundan, yukarıda anılanları sade Vorlagenentscheidung'a inhi-

---

(102) Ayrıca psikiyatrik bir hastahaneye veya nezaret altına alma müessesesine yatırma tedbiri kararlarının hepsini bu mahkeme verecektir. Henüz yürürlüğe girmemiş olan, bir sosyal tedavi kurumuna yatırma tedbirinden tasarı bahsetmemektedir, mamafih bu da büyük ceza dairesinin yetki alanına girmelidir.

(103) Azınlıkta olan bir grup, büyük ceza dairesinin yetkisine giren bütün işleri BGH'ye verme yanlısıdır (Bak.: tasarı gerekçesi, s. 120).

sar ettirmek (104) gereklidir. Bu yüzden yeni kanunyolu sistemi BGH'nın yetkisini aşağı yukarı bugünkü kapsamında tutmalı ve BGH'ya maddî ceza hukukunun bütün bölümlerinden yeterli materyal gelecek şekilde düzenlenmelidir.

Tasarı bu problemi şöyle halletmiştir: Grosse Strafkammer'in kararlarına karşı başvurulacak Urteilsrüge'de yetki BGH ve OLG arasında paylaştırılmış ve kriter erişilmesi istenen gayeye göre konulmuştur: konusu veya hürriyeti bağlayıcı emniyet tedbiri olan muhakemelerde bu yetki BGH'ya aittir. BGH ayrıca devlet güvenliği suçları ile yetkili olan eyalet mahkemesinin ceza dairesinin (m. 74 GVG) ve iktisadî suçlara bakan eyalet mahkemesinin ceza dairesinin (m. 74 c GVG) sonkararlarına karşı (105) açılan Urteilsrüge davalarına bakacaktır. En son anılanda, mer'î hukuktaki yalın ayırma yetkisi (blosse Konzentrationsermaechtigung), devlet güvenliği dairesi ve ağırceza mahkemesinde olduğu gibi mecburî hale getirilmelidir (Konzentrationsverpflichtung) (106).

##### 5) İlkmuhakeme ile ilgili hükümlerdeki değişiklikler :

Eğer ilkmuhakemede maddî mesele geniş kapsamlı bir şekilde aydınlatılırsa, ve tatmin edici hukukî inceleme ve hukukî sonuç çıkarılması bütün ihtimaller gözönünde tutularak yapılırsa, bugün toplu asliye mahkemesinin (Schöffengericht) yetkisi dahilinde olan işlerde, istinafin yerini Urteilsrüge'nin alması, hukukî korunma açısından sakıncalı olmayacaktır. İlkmuhakemenin daha iyi düzenlenmesi, tasarının ana fikirlerinden (107) olmakla birlikte, tasarıda bu alandaki hükümlerde geniş kapsamlı değişiklik yapılmamıştır. İlkmuhakemedeki hükümleri tam işler hale getirmek daha önemlidir. Büyük ceza dairesinin (Grossestrafkammer) genişletilen yetki sahası, temyize benzer bir ka-

(104) Azınlıkta kalan grup bu görüştedir (Gerekçe, s. 120).

(105) Cürümlerdeki yetkiden, ağır ceza mahkemesinin baktığı davaların Urteilsrüge yolu ile BGH'ya gideceği anlaşılmaktadır.

(106) Bak.: tasarı metni, m. 2, no, 10 (m. 74 GVG), ve gerekçe, s. 118. Bölünmüş kanunyolu yetkisinin ayrıntıları hakkında Bak.: tasarı gerekçesi, s. 121.

(107) Ayrıntılı bilgi için Bak.: gerekçe, s. 42.

nunyolu olan Urteilsrüge'nin muhakemenin usulüne uygun bir biçimde yapılması üzerindeki zorlayıcı dolaylı etkisi ve toplu asliye mahkemesinin (Schöffengericht) ağır iş yükü altından kurtarılması gibi tedbirler, halen istinaf edilebilen suçların ilkmuhakemelerinin daha iyi yapılabilir bir hale getirilmesine katkıda bulunacaktır (108).

Tasarının ilkmuhakemeye ilişkin yasa değişikliği önerileri, yeni kanun yolunun getirdiği zorunlu sonuçlara inhisar etmektedir. Meselâ halen toplu sulh mahkemesinin yetkisine giren ve tasarıya göre küçük ceza dairesinin yetkisine sokulan hallerde müdafî tayini zorunluğu konması önerilmektedir (109). Ayrıca kanun yolu mahkemesi için önemli bir inceleme kaynağı olan son karar gerekçesine daha fazla özen gösterilmiş ve bilhassa delillerin nasıl değerlendirildiğinin gösterilmesi zorunlu kılınmıştır (110). Tutanak tutulması görevinin kapsamı, kanun yolu mahkemesinin delillerin tam olup olmadığını araştırmasına fırsat verecek kadar genişletilmiştir (111), (112).

#### V. Yeni Kanun yolunun Elemana İlişkin Sonuçları :

Mahkemelerin kuruluşunda, madde itibarile yetkinin dağıtımında ve kanun yolu sisteminde yapılan bu kadar geniş kapsamlı değişikliklerin personel ihtiyacı açısından doğuracağı sonuçlar hakkında söylenebilecek sözler bir tahminden öteye gidemez. Ancak tasarı o kadar detaylı hazırlanmıştır ki, ortaya konulan rak-

(108) Komisyonun eleman ihtiyacı açısından yaptığı hesaplara göre, (Bak.: aşağıda V), toplu asliye mahkemesinin (Schöffengericht) yetkisine giren işlerde % 40 bir artış olacaktır.

(109) Bak.: gerekçe, s. 46.

(110) Ayrıntılı bilgi için Bak.: tasarı metni, m. 267-267 b, gerekçe, s.51. Bu arada, 267. madde basitleştirilmek istenmektedir.

(111) Ayrıntılı bilgi için Bak.: tasarı metni, m. 273, gerekçe, s. 55.

(112) İlkmuhakemedeki yetki kriterinin yeniden düzenlenmesi ile, değiştirilmesi zorunlu hale gelen 209. madde yeniden düzenlenirken, özel yargılama makamları ile aynı seviyedeki genel yargılama makamları arasındaki yetki ilişkisi üzerinde de durulmaktadır (Bak.: tasarı metni, m. 209, 270, gerekçe, s. 48, s. 53 ve bu problem hakkında ayrıntılı bilgi veren Riess, die Bestimmung und Prüfung der sachlichen Zuständigkeit und Verwandter Erscheinungen im Strafverfahren, GA 1976, 1).

kamlar tartışma zemini hazırlamaktadır. Tasarıda personel ihtiyacı hakkında hüküm bulunmamakla birlikte, komisyon bu konuda detaylı hesaplar yapmıştır.

Komisyon tahminlerine bugünkü hâkim sayısını ve iş yükünü esas almıştır. Yeni kanunyolu sisteminin getirdiği personel adedindeki değişiklik iki düzeyde etkili olmaktadır: bir defa, istinafın kalkması dolayısıyla ilkmuhakemedeki madde itibarile yetkilerde yapılan değişiklikler sonucu iş yükü evvelkinden farklı mahkemelere intikal edecektir. Bu oran adalet istatistiklerinden ve yapıldığı takdirde özel araştırmalarla, doğruya yakın bir şekilde hesaplanabilir. Komisyon şimdiki iş yükünün azalacağını tahmin etmektedir.

Ceza kararnamesi muhakemesinde (Strafbescheid), halen ceza hâkiminin yetkili olduğu işlere oranla % 15 azalma olacaktır. Komisyon, ceza kararnamelerine karşı vuku bulacak başvuruları (Einspruch), halen küçük ceza dairesine gelen (kleine Strafkammer) istinaf davaları olarak kabul edip şimdiki istinaf adedine oranla % 5 bir artma olabileceğini hesaplamıştır. Komisyon ceza kararnamesine (Strafbefehl) karşigelmede % 20 artma öngörmüştür, çünkü karşigelmeler bundan böyle toplu asliye mahkemesinde cereyan edecek ve verilecek karara karşı Urteilsrüge yolu bulunacaktır. Halen temyiz edilebilen Strafkammer işlerinde, elinde tutanağın düzenlenmesindeki ve sonkarar gerekçelerinde tasarının öngördüğü değişiklikler sebebi ile % 5 bir artma olabilecektir. Yeni kanunyolu, bugünkü temyize nazaran oldukça fazla işi gerektirecektir. Komisyon bunu % 35 olarak tahmin etmektedir.

Bu verilere dayanarak, hâkim sayısında kayda değer bir değişme olmayacağı tahmin edilebilir. Fakat madde itibarile yetkisi değişik mahkemelere giden iş sayısı değişecektir: asliye mahkemesine bugünkü düzenlemeye nazaran 400 hâkim daha az gerekecektir (114), eyalet mahkemelerinde 220 (115) adet artacak ve

(113) Hesaba göre, federal bölge dahilinde 25 hâkime ihtiyaç kalmıyacaktır (bütün ceza hâkimlerinin % 1'i.).

(114) Bugünkü ceza hâkimlerinin % 28'i.

(115) Bugünkü ceza hâkimlerinin % 21'i.

yüksek eyalet mahkemesi (116) için 160 kadar hâkim artacaktır.

Tasarı yaptığı değişikliklerle, hâkim adedini değiştirmemekte, hâkimlerin görevlendirildiği mahkemeleri değiştirmektedir. Bugünkü düzenlemede, kanunyolu derecesinde görev yapan hâkimlerin oranı bütün hâkimlerin % 23'ü iken, bu oran tasarının düzenlemesinde % 16'ya düşmekte, buna karşılık ilkmuhakemedeki hâkim oranı yükselmektedir, ilk muhakemedeki hâkim oranı orta ağırlıkta ve ağır suçlarda % 53'den % 59'a yükselecektir. Somut olarak bakıldığında, hâkimlerin genel sayısı değişmediği halde, orta ağırlıktaki ve ağır suçların ilkmuhakemesinde şimdiye nazaran 220 hâkim daha gerekecektir (bugünkü sayının % 21'i). Verilen rakkamlar kesin olmadığı için, tahminler tenkit edilebilir. Fakat bu sayılar tasarının ana gayesi olan, ilkmuhakemenin daha iyi yapılması gayesini teyid etmektedir; orta ağırlıktaki ve ağır suçların muhakemesinde görevlendirilen hâkim adedi, bugünkü düzenlemeye oranla artmaktadır. Bu düzenleme, adaletin gerçekleşmesi için sınırlı bulunan vasıtaların rasyonel ve ekonomik bir şekilde kullanıldığını göstermektedir.

## VI. Sonuç :

Kanunyollarında reform, ceza muhakemesi hukukunda yapılabilecek tüm reformun en enteresan fakat oldukça zor bir bölümünü teşkil eder. Tasarı bir tartışma zemini hazırlamak gayesi ile sunulmuştur. Kanunyollarında yapılması gereken reform gerçekleşene kadar daha uzun bir yol katedilmesi kaçınılmazdır, fakat Ceza Muhakemesi Hukuku Komisyonunun hazırladığı tasarının katkısının büyük olduğu kuşkusuzdur.

(116) Bugün temyizde görevli olan hâkim adedinin % 250'si.