

OLAĞANÜSTÜ TEMYİZ KANUNYOLUNDA REFORM

Prof. Dr. Nurullah KUNTER

1. Giriş

1. 1. Sunuş

Ceza Adaletinde Reform İlkeleri Sempozyumunun Kanunyollarına ayrılan II. sinde, «Yazılı Emirle Bozma» diye adlandırılacağı yol bakımından yapılacak ıslâhatın neler olabileceğini araştırmadaki tartışmalara temel olmak üzere rapor hazırlamak ödevi de bana verildi. Bunu olağan diye sıfatlandırabileceğimiz temyiz yolu ile «yazılı emirle bozma» yolu arasında mevcut temeldeki birliğin bir yeni delili saymak mümkündür.

1. 2. Terminoloji

1. 2. 1. Neden temyiz yolu?

Birincisi kesinleşmemiş, ikincisi kesinleşmiş kararlara karşı olması, birincisinin bütün taraflarca başvurulabilmesine karşılık, ikincisine sadece Adalet Bakanının yazılı emri üzerine Başsavcı tarafından başvurulabilmesi, birincisinin tesir sahasının daha yaygın, ikincisinin çok daha dar olması gibi daha çok dışı ve sonuca ilişkin farklar dışında, her iki kanunyolunda yargılama makamı aynıdır ve her ikisinde de yapılan «hukukî denetim» dir. Her iki hukukî denetim de aynı vasıtalarla başvurularak yapılmakta ve bunlara aykırılık olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu temeldeki birlik de gösteriyor ki, yazılı emirle bozma denilen yol da bir temyiz yoludur. İstinaf ve itiraz gibi hem hukukî hem maddî cihetlere bakan bir yol

değildir. Şu halde bu yolun adında «temyiz» kelimesinin bulunması uygun olur.

1. 2. 2. Neden olağanüstü?

Bu iki yolun karşılaştırılması, birincisinin olağan, ikincisinin olağanüstü olduğunu da göstermektedir (1). Gerçi neyin olağan, neyin olağanüstü olduğu yolunda herkesin oybirliği ile kabul edileceği bir ölçü henüz bulunamamıştır. Olağanlar kaideyi, olağanüstüler istisnayı teşkil edenler olmalıdır. Hangileri kaide, hangileri istisna olmalıdır meselesi ise, bir başlangıç noktası, bir aksiyom olarak şunlar olağan, bunlar olağanüstü diye bir kabule bağlıdır. Bu kabul için de karara bakarız. «Aman kesin olmasın, bir kere daha kontrol edilebilsin» diyorsak, olağan yol var demektir. Yok, «bu kararlar iş bitmiş, uyuşmazlık kesilip atılmış olsun» diyor ve buna rağmen yine bir kanunyolu kabul ediyorsak, onu olağanüstü saymamız gerekir.

1. 2. 3. Neden yazılı emirle bozma değil?

«Olağanüstü temyiz yolu» adı ne kadar isabetli ise, «yazılı emirle bozma» da o kadar isabetsizdir :

a) Eger sonunda bir bozma olacaksa, bu, yazılı emir üzerine olmayacaktır. Hiçbir yargılama makamı emirle hareket etmez. Bu emir zaten Yargıtaya değil, Başsavcılığa verilmektedir.

b) Yargıtay işin sonunda muhakkak bozma kararı da verecek değildir. Gerçi, Yargıtayın kaide olarak işi bozmak veya bozmamak olduğuna göre, bozmanın önemini belirtmek için, bozmadan söz etmek mümkündür. Fakat o zaman, olağan olanına da bozma yolu denilmelidir. Netekim Fransa'da ve İtalya'da böyle denilmektedir. Biz olağanına bozma yerine temyiz dediğimize göre burada da aynı terimi kullanmalıyız.

2. Olağanüstü temyiz yolunun zararları ve faydaları

2. 1. Yargının kesinlik otoritesi bakımından zararı

Yargılama (kaza) görevi yapan organların elbirliği ile fakat bir tek organmış gibi verdikleri ve uyuşmazlıkları kesip attığı için,

(1) KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bası, 1970, s. 660, 744.

uyuşmazlığı yaran âlet manâsına «yargı» denilmesi daha uygun olan son sözünde de hukuka aykırılıklar olabilir. Zira yargılayanlar insandırlar. Hataya düşünecek insan yoktur. Bu hatalara karşı hukukun durumu farklıdır. Önemsiz hatalara daha başından göz yumulur. Önemlilerine karşı olağan kanunyolları tamdır. Fakat bunu da tarafların dâva açmasına bırakmakla «taraflar dâva açmazsa, hatalı da olsa, göz yumacağım» denilir. Dâva açılmış olsa da hi, yok süresini geçirdin, yok para depo etmedin, diyerek dâvalarına bakılmaz. Böylece hukuk yine hataya göz yummayı kabul etmiş olmaktadır. Varılacak sonuç şu oluyor ki, her hukuka aykırılığı gidermeye kalkamayız. Bir yerde «artık bu işe tekrar bakılamaz. Doğru, yanlış, olduğu gibi kabul edilecektir» demekten başka çare yoktur. Yargının otoritesi bir bakıma bu demektir (2). Olağanüstü temyiz yolu bu otoritenin kabulünü gerektiren sebeplere ve ihtiyaçlara ters düşmektedir.

2. 2. Yargıtaydan geçmeden kesinleşen yargılama kararlarının hukukî denetiminde fayda

Yargılama makamlarının Yargıtaydan geçmeden yargı otoritesini kazanan kararlarının Yargıtay denetiminden geçerek, hukuka aykırılıkların sanık aleyhine tesir etmemek şartıyla giderilmesinde de faydalar yok değildir. Bu faydalar, memlekette içtihat birliğini sağlamak ve dolayısı ile de olsa, sanık lehine hatayı giderip adaletin gereğini yerine getirmek diye özetlenebilir.

Bu faydalar izam edilmemelidir :

a) Hukukî bir denetim yapılarak aykırılıkları önleyip hukukun üstünlüğünü sağlamak elbet gereklidir. Hukuk anlayışının ve uygulamasının memleketin her köşesinde bir dereceye kadar bir biçimde olması da eşitlik bakımından gereklidir. Fakat her yerde aynı biçimde olması hem imkânsızdır, hem de hukukun donması, kalıplaşması manâsına geleceğinden, temenni de edilemez. Toplum herhangi bir canlı varlık gibi, her an değişmektedir. Hele son zamanlarda bu değişme çok hızlanmıştır. Eskiden yüz yılda olan değişmeden daha fazlası bugün on yılda olabiliyor. Toplum hayatını düzenleyen hukuk da değişikliklere uymak ihtiyacı ile değişecektir, değişmelidir. Büyük kanunlar sık sık değişmese de, içtihat de-

(2) KUNTER, s. 192.

ğişiklikleri ile bu ihtiyaç karşılanabilir. İhtiyaçları en iyi duyan, olaylara en yakın olan alt mahkemelerdir. Yorum yolu ile değişiklik ve yeni ihtiyaçlara uydurmada ilk adımı onların atması olağandır.

b) Sanık lehine değişiklik zaten ikinci plânda bir faydadır. Olağanüstü temyiz yolu kanun yararına yapılmakta ve sanığın bundan faydalanması sadece onun bir sonucu olarak kabul edilmektedir.

2. 3. Olağanüstü temyiz edilebilirlik

Görülüyor ki, olağanüstü temyiz yolu, bir taraftan yargılama makamları kararlarının ilk defada kesin olarak verilmesi veya Yargıtaydan başka yargılama makamlarınca denetlenerek kesin hale gelmesi, hülâsa Yargıtaydan geçmeden kesinleşmesi, bir taraftan da bu kararların Yargıtayca yine de denetlenmesi gibi birbirine tamamen zıt iki ihtiyaca cevap vermeye çalışacaktır. Bir taraftan Yargıtaydan geçmeden de kesinleşmeyi hata olabileceğini bile bile, sırf personelden ve enerjiden tasarruf olsun diye kabul ediyoruz, sonra da hatalı diye yine Yargıtaya bozdurmaya çalışıyoruz. Görülüyor ki, bu yol açık istisnaidir, çok olağanüstüdür. Kabulü için hukuka aykırılığın giderilmesinde, çok büyük fayda olmalıdır. Elde edilecek sonuç, Yargıtay hâkimlerinin normal işlerinin yanında ve belki de onları biraz ihmal ederek, bu işlerle uğraştırmamıza değmelidir. Bu sebeptendir ki, bu yol olağan temyizden çok farklı düzenlenmeli ve çok dar bir şekilde yorumlanmalıdır (3). Burada ilk iş Yargıtaya düşmektedir. Yargıtay istisna sınırlarını içtihatları ile korumaya çalışmalıdır. Fakat bu da yeterli değildir. Dâvanın açılması için Başsavcıya emir veren Adalet Bakanlığı da çok titiz davranmalı, istisna dışı dâvalarla Yargıtayın zaten fazla olan yükünü arttırmamalıdır.

Olağanüstü temyiz yolu mehz Alman Kanununda olmadığı halde, bizde vardır. Bunun sebebi daha önce Fransızların (4) tesiri ile, değişik de olsa, bu yolun kabul edilmiş olmasıdır. Bu mü-

(3) KUNTER, s. 745.

(4) ALNIAK: Fransız Ceza Usul Hukukunda Kanun nef'ine temyize müracaat tarikleri, Mukayeseli Hukuk Araştırmalar: Dergisi, 1969, IV., s. 83.

essesenin faydalarını ve zararlarını karşılaştırırken, Almanya'da ve İtalya'da bulunmadığını unutmamalıyız.

3. Olağanüstü temyiz edilebilirlik

3. 1. Hâkim ve mahkemelerin verdikleri Yargıtayca tetkik edilmeksizin kesinleşen karar ve hükümler teriminin yorumlanması gereği

343. madde «hâkim ve mahkemelerin verdikleri ve Yargıtayca tetkik edilmeksizin kesinleşen karar ve hükümler»e karşı olağanüstü temyiz yoluna gidilebileceğini belirtmektedir. Bu formül çok geniş uygulamalara imkân verdiğinden, daraltılmalı ve ancak kanun-yoluna gidilmesinde olağanüstü ihtiyaç olan kararlara hasredilmelidir.

3. 1. 1. Yargılama kararı olmalı

Bir kere hâkim ve mahkemelerin verdikleri hüküm adı verilenler dahil her türlü kararların bir yargılama kararı olması gerekir. Ceza Muhakemesinde de asıl ceza dâvası veya tali ceza dâvası üzerine yapılan bir ceza yargılaması sözkonusu olmalıdır. Bu ölçüden hareket edilince, bazı kararlara karşı bu olağan yolun kapalı kalacağı sonucuna varmak gerekir. Meselâ a) Basın Kanununa göre, cevap metnini neşrettirmeyen sulh ceza hâkiminin verdiği kararı itiraz üzerine inceleyen asliye ceza hâkiminin kararına karşı bu yola gitmek ölçüyü kaçırmak olur. Zira cevap neşri konusu cezaî bir mesele değildir (5). b) Aynı kararda gösterilmesine rağmen aslında ayrı bir karar olan şahsî hak dâvası kararının da yazılı emirle bozdurulması istenmemelidir (6), c) Ceza mahkemesi de verse, disiplin cezaları ile de Yargıtay uğraştırılmamalıdır. Meselâ hâkimin reddi dâvasının reddi halinde verilen para cezaları için bu olağanüstü yola gidilememelidir (7).

3. 1. 2. Kesinleşme iyice aranmalı

Kararların kesinleşmiş olması da, iyice aranmalıdır. Kaide ola-

(5) KUNTER, s. 745; k-m: 7. CD.: 23.6.1965, Adliye Dergisi, 1965, s. 1003.

(6) 3. CD.: 14.4.1964, 1026-5031; CGK.: 14.9.1930 (ERGIN: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, İstanbul, 1971, s. 597).

(7) k - m: EREM: Ceza Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1968, s. 535.

rak itiraz edilebilen bir karara karşı itiraz kabul edilmemesi halinde, hemen kesin olduğu sonucuna varılmamalıdır. Zira istisna olarak bunlara karşı sonkararla birlikte temyiz yolu da kabul edilmiş olabilir. Meselâ mahkeme muhakeme şartı olan izne lüzum görmemiş olabilir. Bu karara itiraz mümkün değildir. Fakat derhal olmasa da, temyiz yolu açıktır. O halde olağanüstü temyiz yoluna konu olamaz (8).

3. 1. 3. Kesinleşmiş tabiri 1. ve 2. derecede kesin verilenler olarak anlaşılmalı

Kesinleşmiş karar tâbirinden sadece gerek birinci derecede gerek ikinci derecede yani itiraz üzerine kesin verilenler anlaşılmalıdır. Zira, kanunkoyucu bunlara karşı olağan kanunyolunu tanımadığına göre, ilgililere «kanunyoluna gideydiniz» diyemeyiz. Fakat kanunyolu tanınmış olan bir karara karşı ilgililer kanunyoluna gitmemişlerse veya kanunyolu dâvaları kabul edilmemişse, bu kararlarla Yargıtay uğraştırılmamalıdır. İlgililer ellerinde olmayan sebeplerle süresinde şartları yerine getirmemişlerse, kanun onlara eski hale getirme imkânı da tanımıştır. İlgili bunların hiçbirini yapmasın sonra «yazılı emirle bozdurun» diye Bakanlığa başvursun. Böyle şey olmamalıdır. Buna cevap olarak yazılı emir yolunun kanun yararına olduğu da söylenemez. Bizde sonkararın bozulması ilgililerin aleyhine tesir etmezse de, lehine tesir edebilir. Şu halde, kanunyoluna gitmemiş veya eski hale getirme istememiş kimselelerin de lehlerine sonuç alabilmek için Bakanlıktan Başsavcılığa yazılı emir vermesini istemeleri ve bu olağanüstü yolu olağan hale getirmeleri mümkündür. Unutmamalıyız ki, örnek aldığımız Fransız Kanunu temyiz edilebilir olduğu halde, temyiz edilmediği için kesinleşen sonkararları ayrıca düzenlemiştir (CPPF 621). Bunlara karşı Başsavcı kendiliğinden bir bozma isteyebilir. Bu bozma tamamen plâtoniktir. Kimseye ne fayda ne de zarar verir. Sadece hukuk faydalanır (9).

Kaldı ki, Fransa'da aksi olsa bile, onu taklit etmemiz de gerekmez. Onların işi biraz daha gevşek tutmaları belki mümkün olabi-

(8) Ceza Genel Kurulu: 29.1.1945: Temyiz Kararları, 1945, s. 53.

(9) Bozulmuş bir sonkararın tesirlerini göstermekte devam etmesini tenkit edenler vardır (BOUZAT: *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris, 1970, c. 2, no 1513). Fakat sanık lehine tesir etse, müdahil aleyhine olacağı ve bu yolun çok istisnai olduğu unutulmamalıdır.

lır. Ama bizim Yargıtayımız Dünyanın hiçbir yerinde görülemiyecek kadar yüklüdür. Bizim imkânlarımız ne plâtonik amaçlarla ne de kanun yoluna gitmeyenleri korumak için Yargıtayımızı hatta Adalet Bakanlığında yazılı emirle meşgul hâkimlerimizi meşgul etmemize elvermemektedir. Yine unutmayalım ki, bizdeki olağanüstü temyizi hiç kabul etmeyen memleketler de vardır.

3. 1. 4. Kesinliğe rağmen yargılama makamlarının asıl ceza dâvasını çözmeye devam etmesi de imkânsız olmalı

Kararın kesin olmasına rağmen yargılama makamlarının asıl ceza dâvasını çözmeye devam etmesinin imkânsızlığı da araştırılmalıdır. Meselâ a) Mahkeme 3005 sayılı Kanuna girmiyor diye umumî hükümler dairesinde görülmesine karar vermişse, yazılı emirle bozulmamalıdır (10). b) Sorsoruşturma açılması kararı üzerine de iş mahkemeye gideceğinden, olağanüstü mekanizmayı harekete geçirmeye ihtiyaç yoktur (11). c) İtiraz merciinin kamu dâvası açılmasına dair verdiği karar da yazılı emirle bozdurulmamalıdır (12).

3. 1. 5. Kararlar yetkinin madde, yer gibi çeşitlerinden biri konusunda verilmemeli

Yetkinin madde ve yer gibi her çeşidinde çıkacak uyuşmazlıkların çözülmesi için özel hükümler kabul edildiğinden, yetki konusundaki kararlar için kesin de olsalar olağanüstü yola gidilmemelidir (13).

3. 1. 6. Karar sadece hukukî meseleye ilişkin olmalı

Bu olağanüstü yola, hukuka aykırılığın diğer dâvalarda da tekrar edilmesi tehlikesi olan hallerde yani hukukî meselelerde başvurulmalı, sadece belli bir olayı ilgilendiren maddî meselelerde verilen kararlar hariç tutulmalıdır (14).

(10) k - m: 4. CD.: 16.12.1943, (Son İctihatlar, 1-3, s. 131).

(11) 6. CD.: 12.5.1966 ÇAĞLAYAN: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, c. 3, Ankara, 1966, s. 198.).

(12) k - m: ÇAĞLAYAN: Adalet Dergisi, 1971, s. 264.

(13) 4. CD.: 9.11.1967 (ERGİN: s. 600).

(14) 2. CD.: 9.3.1963 (ÇAĞLAYAN: c. 3, s. 305).

3. 1. 7. Karar muhakeme harcına ilişkin olmamalı

Harç kararları bakımından da bu yola gitmede (15), büyük bir fayda, dolayısıyla olağanüstü bir ihtiyaç yoktur. Beş on liralık bir harç hatası ile Yargıtayı uğraştırmak, pire için yorgan yakmaya benzer. Bakanlık o mahkeme nezdindeki savcıya aynı hâkimin aynı hataya düşerek vereceği kararları temyiz etmesini emredebilir. Hâkim de, hatasını olağan yolla öğrenmiş olur.

3. 1. 8. Talî ceza dâvalarının Yargıtaydan başka yargılama makamlarınca çözülmesi imkânsız olmalı

Talî ceza dâvalarının Yargıtaydan başka yargılama makamlarınca çözülmesinin imkânsız olduğu da araştırılmalıdır. Meselâ: a) Savcının tutma kararı verilmesi için açtığı dâva reddedilmişse, kanun yolu olmamak bakımından bu karar kesin ise de, bir müddet sonra tekrarlanması yani savcının tekrar tutma kararı istemesi mümkün olduğuna göre, olağanüstü yola ihtiyaç yoktur (16). b) 402. madde ile değişiklik yapılması mümkün olan hallerde de, bu olağanüstü yola gidilmemelidir (17).

3. 1. 9. Yargıtayın bozma kararındaki hukukî görüşe uygun verilen karar olmamalı

Yargıtayın bozmasında belirttiği hukuki görüşe uygun şekilde verilen kararlara karşı da yazılı emir verilmemelidir (18). Hukukî bir hata varsa, Yargıtayındır ve olağanüstü temyiz yolu bu hataların giderilmesi için kabul edilmiş değildir.

4. Dâvanın açılması

4. 1. Bakanın emir vermesi

Kanun, Adalet Bakanının Başsavcıya emir vermesini kabul etmiştir. Başsavcı bu emir muhtevasını tebligatnamesine aynen geçirmektedir. Emir söz konusu olduğundan gerekli değişiklikleri, ilâveleri Başsavcı yapamamaktadır.

(15) İçtihat Birleştirme Kararı: 13.1.1936.

(16) 4. CD.: 28.12.1944 (ALİCANOĞLU: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, İstanbul, 1971, s. 630).

(17) 4. CD.: 6.4.1946 (Hukukî İçtihatlar Dergisi, 1949, s. 19), CGK.: 24.4.1950 (Adalet Dergisi, 1951, s. 156).

(18) CGK.: 8.6.1936, İtiraz: 88; k - m: CGK.: 28.2.1938, 110-99.

4. 2. Başsavcı bu dâvayı açabilmelidir

Başsavcılığın Bakanlık görüşünde hiç olmazsa ilâve şeklinde bir değişiklik yapamaması, sadece şekil bakımından dâvacı olması isabetli olmasa gerektir. Kaldı ki Başsavcı, kanunların uygulanmasını denetleyip iddia mahiyetindeki mütalâaları ile Yargıtayı aydınlatan bir makam olarak, kararlardaki hukuka aykırılıkları en az Bakanlık kadar takdir edebilir. Bakanın emir vermesi Anayasaya aykırı değilse de bunda bir zorunluk da yoktur. Bakana yetki tanınması eski bir alışkanlıktan ileri gelmektedir. Dâva açma yetkisinin Başsavcılığa verilmesi teklifine (19) bu sebeplerle ben de katılmıyorum. Kaldı ki bakanın siyasi tesirler altında kalması da mümkündür.

5. Yargıtayın kararları

5. 1. Yargıtay gösterilenlerden başka aykırılıkları belirtmemelidir

Bakanın gösterdiği bozma sebeplerini haklı bulmayan Yargıtayın, olağanüstü temyiz dâvasını reddetmekle yetinmesi Muhakeme Hukukunun prensipleri gereğidir. Buna rağmen «oralari bozuk değil ama, şuralari bozuk. Bu hususlar hakkında yazılı emir verildiği takdirde tetkik olunmak üzere dosyanı başsavcılığa iadesine» diye karar verildiği vardır. Yargıtayın iyi niyetinden elbet şüphe edilemez. Hata kalmamasını istiyor. Fakat hem bu yolun çok istisnai olduğu gözden kaçıyor hem de kanunyolu yargılama görevinin sınırları dışına çıkılıyor. Bu hallerde sadece ret kararı verilmelidir. Böylece Yargıtayın işi biraz da olsa azalacaktır.

5. 2. Yerinegetirmenin geribırakılması veya durması

Kanun, olağanüstü temyiz dâvasının açılmasının yerine getirmeyi otomatik olarak geribırakmasını veya başlamışsa durdurmasını kabul etmemiştir. Bu sebeple gerektiğinde Yargıtay yerinegetirme konusunda bu kararları verebilir. Vermelidir de. Kanunda açık hüküm yoksa da karar düzeltilmesinde vardır. Hattâ bu yetki orada savcıya ve başsavcıya verilmiştir. Yerinegetirmenin geribırakılması ve kıyas yolu ile durdurulmasının savcıya verilmesi Anayasaya aykırı düşerse de (20), mahkemeye verilmesinde böyle bir ay-

(19) EREM: s. 536.

(20) KUNTER, s. 739.

kırılık söz konusu olamaz. Bu sebeple karar düzeltmesindeki hüküm, kıyas yolu ile ve Anayasaya da uydurularak, olağanüstü temyizde de uygulanabilir, ve daire yerinegetirme başlamamış ise geribırakma, başlamışsa durdurma kararı verebilir. Böyle bir karar haksızlıkları önlemek için de gereklidir (21).

5. 3. Olağanüstü temyiz dâvası sonunda verilen kararlar

Yargıtay, ileri sürülen bozma sebeplerini varit görürse karar bozacaktır. Varit görmezse, olağanüstü temyiz dâvasını reddedecektir. Olağan temyizde bu hallerde verilen karara eski alışkanlıkla ve yanlış olarak tasdik denilmesine rağmen olağanüstü temyizde yazılı emirle bozma isteğinin (yani olağanüstü temyiz dâvasının) reddine karar verilmesi Muhakeme Hukukunun esaslarına uygun düşmektedir.

6. Uyuşmazlığın esasını halleden kararların bozulmasının sonuçları

6. 1. Aleyhe sonuç vermeme prensipi

Kanunda kullanılan «tesir» terimi sonuç manâsındadır ve bozmadan ayrı ele alınmalıdır.

Bozma, olağanüstü olduğundan bizde açıkça söylenmemiş olsa bile, kanun yararına hareket edildiği Fransız örneğinden anlaşıldığından, ilgililerin aleyhinde sonuç vermemelidir. Buna karşılık sanık lehinde sonuç vermek imkânı olan hallerde, bunun da kabulü adalet icabıdır.

Kanun ancak esası halletmeyen kararların bozulmasından sonra, duruşmayı kabul ettiğine göre esası halleden kararların bozulmasından sonra duruşma yapılamıyacaktır (22).

6. 2. Prensipin kanundaki ifadesi

Kanun «Mahkemelerden dâvanın esasına da şamil olarak verilen hükümlerin bu suretle bozulması alâkadar kimseler aleyhine tesir etmez» demektedir.

(21) KUNTER, s. 648.

(22) CGK.: 17.1.1938, 13/13; 14.5.1945, 116/109.

6. 2. 1. Düşme kararları bu grupta sayılmalıdır

Bu «hükümler» arasına düşme kararlarının da katılması (23) doğrudur. Meselâ af kanunu çıkmış ve mahkeme düşme kararı vermiştir. Bu karar kesinleştikten sonra kanun yararına yapılan bozma sanık aleyhine sonuç vermemelidir. Ancak, sonkarardan sonra çıkan af kanununa dayanılarak 402. madde ile verilen düşme kararı da aynı mahiyette olduğundan bu gruba sokulmalıdır (24). Diğer taraftan düşme kararları, sebebe bakılmaksızın, sonuca bakılarak beraat gibi sayılmalıdır (25).

6. 2. 2. 402. madde ile yapılan değişiklikler bu grupta sayılmalıdır

Mahkeme sonkararlarında 402. madde ile yapılan değişiklikler de neticede sonkarardan farksızdır. Bu değişiklikler de esas çözen karar sayılmalıdır (26).

6. 2. 3. Aleyhte olmamak sonuca göredir

Aleyhte olup olmamak, teferruata göre değil, sonuca göre düşünülmelidir. Meselâ «8 gün ağırhapis» yerine «28 gün hapis» kararı verilmişse, 28 hatasını 8 olarak giderip, hapis yerine ağırhapis demek aleyhe olur denilerek neticede «8 gün hapis» cezası verilmesi (27) doğru değildir. Ya 8 gün ağırhapis ya 28 gün hapis verilecektir. Üçüncü bir formül düşünülemez. İlk iki formülden de hangisi leh-te ise o verilmelidir.

6. 2. 4. Müdahil bakımından da aleyhe sonuç olmamalıdır

Kanun «alâkadarlar» tabirini kullandığı halde aleyhte tesir yapmamak kaidesi hemen daima sanık bakımından düşünülmektedir. Müdahilin şahsî hakkına da hükmolunmuşsa bozma bu kısma tesir etmiyecek demektir. Bu yolda bir karara rastlamadığımızdan tatbikatın ne yolda olduğunu söyleyebilecek durumda değiliz

(23) İçtihat Birleştirme Kararı: 3.6.1936.

(24) k - m: CGK.: 8.1.1962 (ÇAĞLAYAN: c. 3., s. 308).

(25) Şikâyete bağlı olmayan suç, şikâyete bağlı sayılmış diye verilen düşme kararının bozulmasının aleyhe tesirinin kabul edildiği vardır. CGK.: 6.10.1944, Adalet Dergisi, 944, s. 10; 13.11.1944 (1945 Kararları, s. 17).

(26) k - m: CGK.: 28.2.1938, 178/105; 8.1.1962 (ÇAĞLAYAN: c. 3, s. 308.

(27) 2. CD.: 24.11.1937, 11123/14734.

6. 3. Lehe sonucun kanunda düzenlenişi

Kanun lehe sonucu da kabul etmiş ve bunu şöyle düzenlemiştir:

Yeniden muhakeme için dosya esas mahkemesine gönderilmeyeceğine göre, Yargıtay lehte tesiri kararda değişiklikler yaparak (yani başka bir süje sözkonusu olduğundan, islâh ederek) belirtecektir. Bu değişiklikler iki şekilde olabilecektir: Ya ceza tamamen kaldırılacak, ya daha hafif bir ceza verilecektir.

6. 3. 1. Cezanın tamamen kaldırılması

Cezanın tamamen kaldırılması gereken hallerde kanun bu cezanın çektirilmemesinin kararda ayrıca yazılmasını istemiştir. Ben bunun makul bir sebebini bulamamışım. Yargıtay cezayı tamamen kaldırmışsa o ceza elbet çektirilmeyecektir.

Cezadan maksat, belli bir ceza çeşididir. Meselâ iki çeşit cezadan yalnız biri kaldırılmışsa, sadece o çektirilmeyecektir (28).

6. 3. 2. Cezanın hafifletilmesi

Cezanın hafifletilmesi, çeşit ve süre bakımlarından olabilecektir. Hafifletilmiş cezanın çektirileceği şüphesiz olmak gerekir. Hafifhapis yerine hapis denilmesi hatasının hafifhapis olarak islâh edilmesi halinde ceza çektirilmelidir (29). Sadece otomatik adli tevbih cezası verildiğinde (30), çektirme söz konusu olamayacaktır.

6. 3. 3. Yeniden muhakeme yapılamaması yüzünden cezanın kaldırılması

Bozmadan sonra dosyanın esas mahkemeye gönderilmemesi prensipi kabul edildiğinden, asıl ceza dâvasında sübutla ilgili normlara aykırılıktan bozmalarda, mahkemeye gönderilemediği için ve eksik soruşturma ile mahkûm etmeye de imkân olmadığından, Yargıtay cezanın tamamen kaldırılmasına karar vermektedir. Buna cezanın düşürülmesi de dendiği vardır.

6. 4. Lehe tesirin sözkonusu olmadığı haller

Bozmadan sonra dosyanın esas mahkemeye gönderilmemesi

(28) CGK.: 9.5.1933, 88/106.

(29) k - m: 3. CD.: 30.6.1948, Adalet Dergisi, 1948, s. 1190.

(30) CGK: 10.4.1944, itiraz 104.

prensipinin bir sonucu da lehe tesirin ancak sonkararın Yargıtayca ıslâhı mümkün olan hallere hasredilmesidir. Bunun dışında lehe tesir sözkonusu olmayacaktır. Meselâ tecil talebi hakkında karar verilmemişse, hatalı karar bozulacak fakat Yargıtay esas mahkeme gibi tecile karar veremeyeceğinden, bozmanın lehe tesiri olmayacaktır (31). Bu konunun kararsız kalması, bozmanın sanık aleyhine doğurduğu bir sonuç olarak da kabul edilemeyecektir. Aynı şekilde kısa cezalarda İnfaz Kanununun uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmemesi hatasının bozulması da aleyhe sonuç doğurmayacağı gibi, lehe sonuç da doğurmayacaktır (32).

7. Sorgu hâkimi kararları ile uyumsuzluğun esasını çözmeyen mahkeme kararlarının bozulmasının sonuçları

7. 1. Kanunun aleyhe sonucu kabul etmesi

Kanun bu gruptaki kararların bozulmasının aleyhte sonuç doğurabileceğini kabul etmiştir. Bunun da sebebi, tahminime göre, bu bozmalardan sonra ilk veya sorsoruşturmaya devam olunacağı, sonucun lehte mi, aleyhte mi olacağını dahi bilinmediği olsa gerektir.

7. 2. Aleyhe sonuç sistemi değiştirilmelidir

Kanunun sistemini isabetli bulmaya imkân yoktur. Meselâ, mahkemenin verdiği düşme kararı bozulursa, beraatin bozulması gibi, yeniden duruşma yapılmadığı halde, sorgu hâkiminin verdiği düşme kararının bozulmasında yeniden muhakeme yapılması ve gerekirse, sanığın mahkûm edilmesi, iki düşme kararı arasında nitelik bakımından hiçbir fark olmadığı için haksızlıktır. Keza sorsoruşturmanın açılmaması kararı kesinleştikten sonra, sorsoruşturma yapılabilmesi ve gerektiğinde, sanığın mahkûm edilebilmesi de haksızlıktır. Kanun yararına yapılan bozmalar kim tarafından verilirse verilsin, aleyhe tesir etmemelidir. Netekim örnek aldığımız Fransa'da etmemektedir. Kanun değiştirilmelidir (33).

(31) Bozulmadığı vardır: 7. CD. 9.9.1969, Resmî Kararlar Dergisi, 1970, s. 21.

(32) Bu hususta karar verilmek üzere esas mahkemeye gönderildiği vardır. 6. CD.: 9.9.1965 (ÇAĞLAYAN: c. 1, s. 797).

(33) KUNTER: s. 749; EREM, s. 538.