

MADDE İTİBARIYLA YETKİSİZLİK KARARI VE HAKİMİN OYUNU BELLİ ETMESİ (*)

Prof. Dr. Nurullah KUNTER

1. § Giriş

1 — Sunuş

Yargıtay Büyük Genelkurulu, Ceza Muhakemesi Kanunumuzun (Mk 22.) maddesinin 2. fıkrasını ilgilendiren bir İçtihat Birleştirme Kararı (İçBK) vermiştir. 15.12.77 tarihli olan bu karar, üç önemli konuyla ilgilidir. Evvelce 1. ve 3. konularda aksi yönde düşünmüş olanların da (1) bu sefer oybirliği ile karar verdik'lerini görüyoruz. Acaba bu İçBK bu kadar isabetli mi? Karşı görüşün bir tek oy alamaması nasıl izah edilebilir? Bu incelememizle bu sorulara cevap aramağa çalışacağız.

2 — İçtihat Birleştirme Kararının sonuçları

Kararın sonuç kısmı aynen şöyledir: «Sonuç: Bu nedenlerle:

1) CMUK. nun 22, 262. maddeleri karşısında iddianame veya sorsoruşturmanın açılması kararındaki suç niteliği yönünden görevsizlik kararı veren hâkimin asıl davayı gören mahkemeye katılabileceği(ne) oybirliği (ile),

(*) Eunlar her zaman ileri sürülemez ve hatta hiç sürülmüyebilir.

(1) Birleştirme ihtiyacı duyulan aykırı kararların tarih ve numaralarının belirtilmemiş ve evvelce yapıldığının aksine özetlenmiş olmasının büyük bir eksiklik olduğunu kaydetmeden geçemiyoruz.

2) İlk veya sorsoruşturma sırasında doğrudan doğruya veya talimatla sanığın sorgusunu yapan ya da tanıkları dinliyen hâkimin asıl davaya bakan mahkemeye katılabileceği (ne) üçte ikiyi geçen oyçokluğuyla,

3) Hazırlık soruşturması sırasında sanığın tutuklanmasına veya salıverilmesine karar veren hâkimin asıl davaya bakan mahkemeye iştirak edebileceğine oybirliğiyle,

5.12.1977 günü karar verildi» (2).

3 — Kararın gerekçeleri

Kararın başlıca iki gerekçeye dayandığını görüyoruz:

1) Duruşmada anlaşılan niteliğe göre verilen «madde itibarıyla yetkisizlik» (3) kararı, 263. maddeye göre, sorsoruşturmanın açılması kararının bütün sonuçlarını doğurur. O halde, sorsoruşturma açılması kararını veren nasıl 22. maddeye göre sorsoruşturmada hakimlik yapamıyorsa, madde itibarıyla yetkisizlik kararını veren de yapamaz. Ama sadece iddianame veya sorsoruşturma açılması kararına dayanmışsa, ilksorsoruşturma yapmış hakim durumu yoktur ve 22 madde söz konusu olmaz.

2) Duruşmayı yönelterek delilleri toplayan ve suçun niteliğini ve uygulanacak kanun maddesini açıklayarak madde itibarıyla yetkisizlik kararı veren hâkim, oyunu belli etmiştir. Oyunu belli etmiş hâkimin sorsoruşturmada sonuç çıkarıp esas hakkında karar vermesi sakıncalıdır. Hâkimin tarafsızlığını gözeten 22.

(2) Kararın metni Resmî Gazetede (11/2/78) ve Yargıtay Kararları Dergisinde (Şubat 78) yayımlandığı için sonuç kısmı ile yetiniyoruz.

(3) Görev (fonksiyon) görülen is manasına objektif bir kavramdır. Yetki ise görevli yapan süjeni diğer süjeler karşı aktif süje olduğunu belirten, yani sübjektif bir kavramdır. Görevsizlik teriminde söz konusu olan görev ise objektif değil, sübjektiftir. Hâkimlerin yargılama yetkilerinin sadece bir çeşididir. Gerçekten yargılama yetkisi millet, madde, yer, şahıs ve görev bakımlarından çeşitlere ayrılır. Kanunda vazife (görev) denilenin aslı «madde itibarıyla yetki» dir. Biz görevli hakikî manasında kullanmağı ve burada yetkinin bir çeşidi söz konusu olduğunu belirtmek için «madde itibarıyla yetki» demek tercih ediyoruz (KUNTER: Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. bası, 1978 no. 188).

maddedeki davaya bakamama kuralı (4) bu sakıncaya dayandığı için, burada da uygulanmalıdır. Ama, hâkimin oyunu belli etmesi söz konusu değilse, yani a) sadece iddianame veya soruşturmanın açılması kararında yazılı suç niteliğine bakarak madde itibariyle yetkisizlik kararı vermişse veya b) ilk veya soruşturmada doğrudan doğruya veya talimatla sanığı sorguya çekmişse yahut tanık dinlemişse veya c) hazırlık soruşturmasında sanığın tutuklanmasına veya salıverilmesine karar vermişse oyunu belli etmiş sayılmaz. O halde mahkemede hâkimlik yapabilir.

Birinci gerekçeye sadece 1. konudaki kararda dayanılmıştır. İkinci gerekçe ise üç konudaki kararda da kullanılmıştır. Aşağıda ayrı ayrı ele alıp eleştireceğimiz, yani doğruluğunu araştıracağımız 1. gerekçeye kısaca benzetme gerekçesi, ikincisine oy belli etme gerekçesi diyeceğiz.

2. § Benzetme gerekçesinin eleştirisi

4 — Benzetme sınırsız değildir

263. maddenin 2. fıkrası aynen şöyledir: «Bu karar, sontahkikatın açılmasına dair olan bir kararın bütün neticelerini hasil eder ve aynı şartlara tabi olur». Görülüyor ki madde itibariyle yetkisizlik kararı her bakımdan, bu arada kararı veren bakımından soruşturma açılması kararına benzetme söz konusu değil-

(4) Kararda yasaklamadan söz edilmektedir. 22. madde ve fasıl başlıklarında «hâkimin davaya bakamaması» denildiği halde, 23. maddede memnuiyetten söz edildiği de vardır. Elz de, herkes gibi, bir zamanlar memnuiyet veya yasaklılık diyorduk. Yasak, bilindiği gibi, emrin karşıtıdır. Hukuk normları üzerindeki çalışmalarımız bize ihtiyarilik karşıtı olan mecburiyet ile emrediciliğin farklı şeyler olduklarını, normların mecburiyetlerine karşı emredicilik vasfını haiz bulduklarını, yargılama yapan hâkim bakımından sadece mecburiyetten söz edilebileceğini, normların hâkimlere emir veremeyeceklerini, zira hâkimlerin amiri değil, onların e'lerinde hüküm vermede kullanılan terazî gibi bir âlet, bir vasıta olduklarını, emir terimi hâkim bakımından nasıl yersizse, onun karşıtı olan yasağın da aynı şekilde yersiz olduğunu gösterdiğinden, 1970 deki 4. basıdan beri yargılama yasağı terimini terkettik. Artık yargılama mecburiyeti veya davaya bakamama diyoruz (KUNTER: a.g.e., no. 182, 302, 303).

dir. Sadece iki noktada benzerlik kabul edilmiştir: a) aynı sonuçları doğuracaktır b) aynı şartlara tabi olacaktır. O kadar.

Daha basit olduğu için ikincisinden başlayalım. Aynı şartlara tabi tutmaktan maksat, sponsoruştırma açılması kararı ne'eri ihtiva ediyorsa onları ihtiva etmesini istemektedir (5). Gerçekten, sonuçlar da aynı olacağından madde itibariyle yetkisizlik kararı sponsoruştırma açılması kararı yerine geçecektir. Aynı şartlara tabi tutma, sonuçların aynı oluşunun mantıkî sonucudur ve fık-rada bunun için sonuçların aynı oluşundan sonra yer a'mıştır.

Benzetme, asıl, «sonuçlar» bakımındandır, zira sonuçların aynı olması istenmektedir. Burada karşımıza «sonuç» tan ne anlaşıl-mak gerektiği sorunu çıkmaktadır. «Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri konusundaki Avrupa Sözleşmesi» hazırlığı dolayısı ile yaptığımız bir inceleme sonunda, bir işlemin hukukî değerinin amaca erişmek ve sonuç doğurmak imkânı olduğunu, amacın işlemin içinde, ondan ayrılmaz, sonucun ise işleme bağlanan, ondan ayrı şeyler olduğunu tesbit ettik. Amacın gerçekleşmesine «yeri-negetirme» (infaz, icra, exécution) denildiğini, sonucun ise «göz-önünde tutma» (prise en considération) ile gerçekleştiğini belirttik (6). Şu halde, sponsoruştırma açılması kararının hukukî bir sonucu söz konusu olabilmek için, bu kararın gözönünde tutulması ve sonucun ona bağlanması gerekir.

5 — Sponsoruştırma açılması kararının sonuçları

Yukarıki açıklamanın ışığı altında sponsoruştırmanın açılması kararının sonuçlarına dönebilir ve bu karar gözönünde tutulup ona bağlananların neler olduklarını araştırabiliriz.

Bu sonuçların başında, madde itibariyle yetkisizlik kararı ile dosya kendisine gelen mahkemenin, sponsoruştırma açılması kararı ile gelmişçesine hareket etmesi gelir. Bizde iddianame ile da-

(5) SCHWARZ: Alman CMUK Şerhi, Taşkın tercümesi, 1929, s. 501; KANTAR: Ceza Muhakemeleri Usulü. Ankara, 1957, s. 281.

(6) Meselâ mahkûmiyet yargısında yazılı ceza yerine getirilerek amaç gerçekleşir. Bu yargı gözönünde tutularak ikinci bir suçtan verilen cezanın artırılması ise tekerrür sonucunun gerçekleşmesidir. Tafsilât için: KUNTER: a.g.e, no. 170; Ana çizgi'leriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, İHFM XXXVI (1970), no. 1-4, s. 84.

va açılması ve sorsoruşturmaya geçilmesi kabul edildiği için bu nokta fazla önemli sayılmıyabilir. Fakat Almanya için durum farklıdır. Mevaz Kanununun sisteminde ilksoruşturma yapılmıyan işlerde dava açan iddianame üzerine mahkeme, sorsoruşturmanın açılıp açılmamasına karar verir. Netekim ilksoruşturmadan geçen işlerde de sorgu hâkimi delil toplama sona erip esas hakkında iddiasını bildirmek üzere dosyayı savcılığa gönderince işini tamamlamıştır. Savcı iddialarını mahkemeye bildirir ve sorsoruşturmanın açılıp açılmamasına, bizdekinin aksine, sorgu hâkimi veya karar hâkimi değil, mahkeme karar verir (7). Mahkeme bir karar vermek için gerekiyorsa ilksoruşturma veya yapılmışsa ek sorsoruşturma yaptırabilir (çünkü henüz sorsoruşturma safhasına geçilmiş değildir). Bu demektir ki Almanyada sorsoruşturma açılması kararı olmadan hiç bir işte sorsoruşturma yapılamaz. Sözü geçen 2. fıkra ile, sorsoruşturma açılması kararının bütün sonuçları madde itibariyle yetkisizlik kararına bağlanmakla, dosyanın gönderildiği mahkemenin sorsoruşturma yapmak için yeni bir sorsoruşturma açılması kararına ihtiyaç olmadığı belirtilmiş olmaktadır.

Sorsoruşturma açılması kararının bir sonucu da duruşmada okunmasıdır (CMK 236). O halde madde itibariyle yetkisizlik kararı da okunacaktır (8). Bir diğer sonuç da itiraz edilebilmektir (CMK 203). O halde madde itibariyle yetkisizlik kararına da, 203. madde dairesine, itiraz edilebilecektir. Kanunkoyucu bu sonucu, her halde önemli bulduğu için, ayrıca açıklamıştır (CMK 263/3).

Sorsoruşturma açılması kararının sonuçları arasında, bu karardan sonra ilksoruşturmaya dönülememek de vardır. O halde madde itibariyle yetkisizlik kararından sonra da ilksoruşturmaya dönülemez (9). Gerçekten, sorsoruşturma açılması kararı vermek, ilksoruşturmanın yapıldığını, Almanyaya mahsus olmak üzere,

(7) Bu vesile ile belirtelim ki 1975 de Almanların kaldırdığı «ilksoruşturma», sadece sorgu hâkiminin yaptığı «delil toplama» işidir. Yoksa bizdeki ilksoruşturmanın sonuç çıkarma devresi Almanyada kalmış değildir ve bu iş yine mahkemece yapılmaktadır (KUNTER: a.g.e., no. 445. IV).

(8) KUNTER: a.g.e., no. 475.

(9) Netekim doktrinimizde bunda tereddüt eden olmamıştır (TRFM: Ceza Usulü Hukuku, 4. bası, 1973, s. 231; KANTAR: a.g.e., s. 281; KUNTER: a.g.e., no. 193; TANER: Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. bası, 1953, s. 317; YURTCAN: Kronik, İHFM XL (1974), 1-4, s. 782.

yapılmamışsa da ihtiyaç duyulmadığını ve isnadın sorsoruşturmaya geçecek yani mahkemece ele alınacak kadar ciddi olduğunu göstermektedir. Bundan sonra yeni delil toplamak gerekse bile bunu artık mahkeme yapacaktır. Sorsoruşturmaya geçmiş bir işte, sorsoruşturmaya geçilsin mi diye yapılan önsorsoruşturmaya ve onun bir devresi olan ilksorsoruşturma dönmek mantıksız olurdu (10). 263. maddenin 2. fıkrası, sonuçlar bakımından benzetmeyi kabul ederken şüphesiz bu menfi sonucu da hesaba katmıştı.

İlave edelim ki sonuç ve amaç ayrımı burada da karşımıza çıkmaktadır. Sorsoruşturma açmak, açma kararının sonucu değil, amacıdır. Ondan ayrı değil, onun içindedir. Sonuç olmadığı içindir ki madde itibariyle yetkisizlik kararının da sorsoruşturma açtığı söylenemez. Evvelce açılmış olan sorsoruşturma devam etmektedir. Bu nedenledir ki tanıklara tekrar yemin verilmeyebilir (CMK 60) veya davaya ilkbakan mahkemenin kararı ile naip hâkim veya istinabe olunan hâkim tarafından dinlenilmiş olan tanıklar elbet madde itibariyle yetkili mahkeme kararı ile dinlenilmiş tanıklar gibi sayılır ve tutanakların okunması ile yetini'ebilir (CMK. 244).

6 — Sorsoruşturmada madde itibariyle yetkisizlik kararı veren hâkim ilksorsoruşturma yapmış sayılıp sorsoruşturmada onun durumuna sokulamaz

Sorsoruşturmada madde itibariyle yetkisizlik kararı veren hâkimin 263. maddenin 2. fıkrasına dayanılarak, ilksorsoruşturma yapmış sorgu hâkimi gibi saymağa imkân olmadığı mütalaasındayız. Gerçekten benzerliğin, bizi ilgilendirmeyen muhteva bir kenara bırakılırsa, sonuç bakımından olduğunu gördük (No. 4). O halde kararı veren hâkimin sorgu hâkimi gibi sayılabiliş sayılamıyacağı sorununu çözmek için, sorsoruşturma açma kararının bir sonucu ile karşı karşıya olup olmadığını araştırmalıyız. Bu kararın bir sonucu söz konusu olmak için de, bu kararın gözönünde tutulması ve sonucun ona bağlanması gerektiğini gördük.

(10) Duruşmada ilksorsoruşturma seviyesinde inceleme yapılmamışsa ilksorsoruşturma yapılması gerektiği görüşü (CG: 15/3/71 İKİD 71, 590) esaslara ters düşmektedir.

Gerçi ortada sorgu hâkiminin sorsoruşturma yapamaması gibi bir sonuç var. Fakat bu sonuç, sorsoruşturma açma kararına değil, sorgu hâkiminin hukukî durumuna bağlanmıştır. Demek ki kararın bir sonucu değildir ve 263. maddenin öngördüğü benzetmenin dışında kalmaktadır.

7. — *Madde itibariyle yetkisizlik kararının duruşmada verilip verilmemesine göre bir ayırım konumuz bakımından yapılamaz*

İçBK, yanlışlığını yukarda belirttiğimiz benzetme gerekçesinden kurtulup doğru bir karar vermek için, 262. maddede «suçun duruşmada anlaşılın vakıf ve mahiyeti» denilmesine dayanarak, iki karar arasındaki benzetme için bunu şart saymış, duruşmayı yönelterek delil toplamak ve suçun niteliğini ve uygulanacak kanun maddesini açıklamak diye açıklamış, buna karşılık iddianame veya sorsoruşturmanın açılması kararında gösterilmiş o'an maddeye bakılması halinde kararın duruşmada verilmiş sayılmayacağını söylemiştir. Bize göre, 262. maddedeki sözler madde itibariyle yetkisizlik kararı verilemeyecek durumu göstermek için kullanılmıştır ve verilen kararlara ilişkin olan 263. maddenin açıklanmasında bunlara dayanılmamak gerekir. Kaldı ki sorsoruşturmadaki madde itibariyle yetkisizlik kararının duruşma hazırlığında verilmesi de imkânsız değildir (11).

Kararda duruşmada vermektен söz edilirken 263. maddeye girmediği açıkça belirtilmiş olmayıp, bu durumda oy belli edilmediği söylenmiştir. Bu yüzden bu ayırımın eleştirisini, oy belli etme gerekçesi bahsine bırakıyoruz (No. 13).

3. § Oy belli etme gerekçesinin eleştirisi

8 — *Oy belli etme hâkimin reddi sebeplerindedir*

Kararda, hâkimin oyunu belli etmesinin bitaraflığı bakımından sakıncalı olduğu ve 22. madde uyarınca davaya bakamaması gerektiği söylenmiştir.

(11) KUNTER: a.g.e., no. 193, 463. IV.

Bir kere, burada sakıncadan daha ağır bir durum söz konusudur (12). Diğer taraftan oy belli etme, genellikle sanıldığıının aksine, hâkimin tarafsızlığı ile ilgili değildir. Buna benzer bir yanlışlık 24. maddede de yapılmış ve me haz kanunda «haklı şüphe sebepleri» denildiği halde «hâkimin bitaraflığını şüpheyeye düşürecek» sözcükleri kullanılmıştır. Bu yanlışlığın sebebi, hâkimlerin iki ana vasfının bugüne kadar «bağımsızlık» ve «tarafsızlık» olduğunun sanılmasıdır. Doğusu «bağımsızlık» ve «objektiflik» dir. Tarafsızlık objektifliğin bir yönüdür ve sadece taraflar bakımındandır. Objektiflik vasfının hâkimin kendisi bakımından da ve «kişiliğinden sıyrılma» dediğimiz bir yönü daha vardır. O da hâkimin kendisi bakımından da objektif kalması bir diğer söyleyişle kendisinin tesiri altında kalmamasıdır (13).

Kanunumuz hâkimin kişiliğinden sıyrılması ile tarafsız kalmasını, bir kelime ile objektifliğini «yargılamama mecburiyeti» de diyebileceğimiz «davaya bakamama» ve «hâkimin reddi» sebeplerini kabul ederek sağlamıştır. Birinci sebepleri kanunkoyucu göstermiştir. Bunlar her zaman ileri sürülebilir. İkinci sebepleri kanunumuz bir bir göstermemiş «haklı şüphe sebepleri» adı altında toplamıştır. Kanunumuz «oy belli etme»yi ayrıca ele almamıştır. 24. maddedeki haklı şüphe sebepleri arasında olduğu kabul edilegelmektedir.

Oy belli etmenin ret sebebi sayılması, hâkimin taraflar bakımından objektif kalamaması ile değil, kişiliğinden sıyrılamaması ile ilgilidir. Gerçekten peşin bir hükme varmış olan hâkimin bu hükmünü değiştirebilmesi çok güçtür ve büyük bir ihtimalle peşin hükmün tesiri altında kalacaktır. Tehlike buradadır. Fakat bu tehlike, davaya bakamama hallerindeki tehlikeden az görüldüğü içindir ki ret sebebi yetinilmiştir. Oy belli etme ret sebebi sayılırken de, Medenî Muhakeme Kanununda (m. 29) belirttiği gibi, oy belli etmenin kanunen icap edip etmediği de araştırılmalıdır.

(12) Sakınca mahzur karşılığı olup tehlikeye nazaran çok hafiftir. Tehlike yerine kullanılması isabetsizdir (KUNTER: a.g.e., no. 261 not 292).

(13) Bu gerçeği gördüğümüz içindir ki 6. basıda iki ana vasfı «bağımsızlık» ve «objektiflik» diye tanıtırız (KUNTER: a.g.e., no. 180 ve 181).

9 — *Davaya bakamama sebepleri arasında «oy belli etme» yoktur*

İçBK, 22. maddenin temelinde hâkimin oyunu belli etmesinin yaptığı görüşünü benimsemiştir ki bu görüş bizce isabetli değildir. Bu maddede bir karara iştirak eden hâkimin kanun yolunda, ilk soruşturma yapan hâkimin soruşturmada yargılama görevi yapamaması kabul edilmiştir. Bunun sebebi, oyunu kararı ile belli etmiş olması değil, ilk seferde edindiği hükmün tesiri altında kalıp yargılamayı, yani kanun yolu veya soruşturma muhakemesindeki yargılama görevini gereği gibi yapamayacağından korkulmasıdır. Kaldı ki 21. maddede sayılan davaya bakamama sebepleri arasında da oyunu belli etme yoktur. Zaten bu sebep genel olduğundan öngörülmüş olsaydı 21. maddede yer alması gerekirdi.

10 — *22. maddenin genişletilmesine yorum kuralları elvermez*

Şöyle bir soru akla gelebilir: 22. madde, İçBK gerekçesinde olduğu gibi, madde itibariyle yetkisizlik kararını duruşmada veren hâkimleri de içine alacak biçimde yorum yolu ile genişletilemez mi?

Bu soruya hayır diye cevap vermek gerekecektir. Yargılama faaliyetine başlayan hâkimin faaliyetini sonuna kadar götürmesi muhakemenin çabuk sonuçlanması için şarttır ve kaideyi teşkil eder. Davaya bakamama ve ret sebepleri ise bu kaidenin istisnalarıdır. İstisnalar ise kanunla gösterilir ve yorumla genişletilemez.

11 — *Hâkimlerin sonkararları birden bire oluşmaz*

Hâkimlerin sonkarar hakkındaki görüşleri birden bire değil, duruşmanın başından sonuna kadar devamlı bir gelişme içinde oluşur. Hatta bu gelişme çok defa zikzaklıdır. Şu manadaki önce masum diye başlanıp bir tanık dinlenince suçluluk yönüne sapılabilir. Diğer bir tanık dinlenince durum tekrar değişebilir. Filan suçta başlanıp bir başka suçta karar kılınabilir. Önceki hükümler, sonkarar bakımından mütalaa mahiyetinde hükümlerdir. Bir

başka söyleyişle onun tasarılarıdır. Sonkarar, bütün delillerin bir arada değerlendirilmesi sonunda ve tarafların iddia ve müdafaa-larının ışığı altında verilecek, yani son şeklini alacaktır. İşin başında ve ortasında yapılan geçici değerlendirmeler sonkararı etkileyecek nitelikte peşin hüküm sayılmaz. Zira bunları davaya bakamama sebebi saymak hiç bir davaya bakılamaması sonucunu doğururdu. Netekim Yargıtay Büyük Genelkurulu, 2. konu ile ilgili kısımda, sonsoruşturmada doğrudan doğruya veya talimatla sanığı sorguya çeken yahut tanık dinliyen hâkimin sonsoruşturma faaliyetine katılmasına 22. maddenin engel olmadığına haklı olarak karar vermiştir.

Önsoruşturmada da hâkimler olay ve onun hukukî tavsifi hakkında geçici de olsa bir görüşe varırlar. Sorgu hâkiminde de bu görüşün zikzaklar çizmesi olağandır. Olay hakkındaki görüşün sabit olması aranmamakla ve verilecek kararlar için yeter şüphe sebebi bulunması ile yetinilmekle beraber, hâkimin yine de işin esası hakkında sonradan değişmesi hiç de kolay olmayan bir hükme varması imkânsız değildir. Bu nedenle kanun, ilksoruşturma yapan yani esas hakkında bir hükme varacak duruma gelen hâkiminin, sonradan mahkemede hâkimlik yapmamasını istemiştir. Keza her hangi bir karara katılmış olan hâkimin de bu karara karşı açılan kanun yolu davasında hâkimlik yapamaması kabul olunmuştur (CMK 21, 22). Önsoruşturmada başka bir sıfatla davanın esası hakkında görüşe sahip olanlar da vardır. Bunların da peşin hükümlerinin tesiri altında kalacağından korkulabilir. Bunun içindir ki kanunumuz aynı davada savcılık, kolluk, sanık müdafiliği veya mağdur avukatlığı, bilirkişilik veya tanıklık görevlerini yapanların davaya bakamamasını kabul etmiştir (CMK 21).

İçBK, 2. konu ile ilgili kısımda, sonsoruşturmadaki sorguya çekme ve tanık dinlemenin sonsoruşturmada davaya bakmağa engel olmadığı yolundaki haklı kararını ilksoruşturmaya da teşmil etmiştir. Ancak bu teşmil sırasında, kararda açıklık o'mamakla beraber, esasa karar verecek duruma gelmemiş olmak şartının saklı tutulduğunu kabul etmek gerekir (14).

(14) 3 karar bir araya getirildiğinden bu nokta üzerinde faz'la durulamamıştır. Gerekçede «sadece sorgu yapmak veya tanıklar dinlemek

Hazırlık soruşturmasında geçici koruma tedbiri olan tutuklama konusundaki kararlar kaide olarak işin esası hakkında bir hükme varmadan verildiğinden bu kararların sonsoruşturma safhasında yargılama yapmağa engel olmadığı sonucuna varılabilir. Netekim İçBK, 3. bölümde, sanığın tutuklanmasına veya salıverilmesine hazırlık soruşturmasında karar vermiş olan hâkimin davanın mahkemede bakılmasına katılabileceğini belirtmiştir.

12 — «Hukukî tavsif» her zaman kesin değildir

Hâkimler yargılama faaliyeti boyunca eylemin filan veya falan suç tipine girdiği veya hiç birine girmediği yolunda bir hukukî değer hükmü verirler, kısaca hukukî tavsif yaparlar. Bazı kararların verilebilmesi için böyle bir tavsif yapmak ve bunu gerekçe diye göstermek mecburiyeti vardır. Bu hukukî tavsifler ya kesindir ya geçicidir. Kesin tavsiflerde, meselâ mahkûmiyet kararında olduğu gibi, bellilik hükmü verildiği halde geçici tavsifler şüphe hükümleridir. Şüphenin kuvvetine göre imkân veya ihtimalden söz edilir. Şüphe imkânda fazla, ihtimalde azdır. Madde itibarıyla yetki sorunu ile karşılaşan hâkimler geçici bir tavsif yapmak zorundadırlar. Geçici tavsif yapılması, tavsif sorunun kesin olarak çözülmesi değildir, zira şüphe yenilmemiştir, tavsif sorununun kesin çözümü ileriye bırakılmıştır (15).

13 — Hâkim hukukî tavsifini tarafların mütalaasına bağliamaz

Muhakeme kolektif faaliyetinde yargılama (kaza) makamını işgal eden hâkimlerin iddia ve müdafaa makamlarının müta-

baştan sona kadar yürütülüp sonuçlandırılmış bir soruşturma sayılamaz» denilmesine dayanarak bunu esasa karar verecek duruma gelmemek diye anlamağı tercih ediyoruz. Esasa karar verecek duruma gelinmişse, bu kararın tesiri sonsoruşturmada kendisini gösterebileceğinden CMK 22/2 uygulanmalıdır. Meselâ sadece istiabe cevabını okuyan ve esas hakkında iddia için savcıya dosyayı gönderen de, soruşturma bittiği görülmeden yani esas hakkında karara varılmadan savcıya gönderilemeyeceğine göre sonsoruşturma yapamamalı, İçBK bu biçimde yorumlanmalıdır. Evvelce aksi yönde karar verilmişti (4. CD: 24/10/73 YKD 75/2, 120).

(15) KUNTER: Ün'iversite «İlksoruşturması» ve memur muhakemesi sistemimiz İHFM, XLIV (1978), 1-2, s. 14.

laaları ile bağı tutulmaması, Muhakeme Hukukunun esaslarındandır. Bu sebeple «iddia makamı veya müdafaa makamı şöyle tavsif ediyor, o halde ben yetkiliyim veya yetkisizim» diyemez. Kararına esas olacak tavsifi hâkim kendisi yapacaktır. Çünkü kararı veren odur. Bu nedenle karda iddianamedeki tavsife dayanan karardan söz edilmesini yerinde bulmuyoruz. Ama itiraf edelim ki bu yanlışlık, pratik bakımdan faydalı olmuştur. Gerçekten, duruşmadaki madde itibariyle yetkisizlik kararını oy belli etme kabul edip davaya bakamama sonucuna varıldığında, bir kısım kararları bu yanlış sonuçtan kurtarmak az bir fayda değildir.

Buna karşılık mahkeme, sonsoruşturma açılması kararındaki tavsife dayanabilir. Çünkü bu tavsifi taraflar değil, hâkim yapmıştır ve çünkü o hâkim bunu, mahkeme için, onun işini kolaylaştırmak için, adeta ona vekâleten yapmıştır. Kararın bu noktası doğrudur. Ancak bundan, böyle bir dayanma sonunda verilen madde itibariyle yetkisizlik kararının oy belli etme sayılmayacağı sonucunun çıkarılması yanlıştır. Çünkü bu karar duruşmada edinilen kanaata göre verilse de, göstermeğe çalıştığımız gibi, oy belli etme niteliğinde değildir.

4. § Sonuç

14 — Vardığımız sonuçlar

Yukarda arzettiğimiz nedenlerle vardığımız sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

a) Kararın üç bakımdan vardığı sonuç bizce de doğrudur (2. bakımdaki ilksoruşturma noktasına ilişkin olup 14 numaralı notta belirttiğimiz yorumumuzun kabul edileceğini varsayıyoruz).

b) Birinci bakımdaki sonuca varmada, duruşmada verilen madde itibariyle yetkisizlik kararının sonsoruşturmanın açılması kararına benzetilmesi gerekçesi bizce yanlıştır.

c) Her üç bakımdan sonuca varmada hâkimin oyunu belli etmesi gerekçesine dayanılmasında da yanlış buluyoruz.

ç) Üç bakımdan da doğru olan sonuçlara varmak için, 22.

maddenin 2. fıkrasının sadece ilksoruşturma bakımından ve yaptığı ilksoruşturmanın tesirinde kalacağı korkusu ile sevk edildiğine dayanılmalı idi.

İlave edelim ki İçtihat Birleştirme Kararlarının sadece sonuç kısmı bağlayıcı sayıldıklarından (16) gerek Yargıtay gerek diğer mahkemeler kendilerini hatalı gerekçelerle bağlı saymamalıdır. Zaten, «sonuç nasıl olsa doğru» diye gerekçeler üzerinde pek durulmadığı oybirliği ile karar verilmesinden anlaşılmaktadır. Bu da İçtihat Birleştirme Kararlarında gerekçelerin sonuç kadar önemli görülmediğini, bu nedenle onun gibi bağlayıcı olmaması gerektiğini göstermektedir.

(16) Netekim 31/12/77 tarihli İçBK gerekçesinde «İçtihat birleştirme kararlarının netice kısmındaki ilkeler bağlayıcı niteliktedir» denilmiştir. İçtihat Birleştirme kararlarının bağlayıcılığı bir istisnadır ve istisnaların yorumla genişletilememesi gerekir. Kaldı ki bu bağlayıcılığın isabetsizliği hatta Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür (Meselâ KUNTER: a.g.e. no-310; TOSUN: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, 2. bası, c. II, s. 274). Bağlayıcılığın, sonuca sıkı sıkıya bağlı olmak şartı ile de olsa (KURU: İçtihatların birleştirilmesi yolu ile ilgili bazı sorunlar. Ankara, 1977, s. 33) gerekçelere teşmilli bu nedenle de uygun olmaz.