

## <sup>H</sup>GÜNCEL TARTIŞMALAR VE GELİŞMELER IŞIĞINDA TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İTİRAZ

*Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY\**

### GİRİŞ

*Kanun yolu*, yargılama makamının verdiği kararların bir başka makam tarafından denetlenmesini, gerekiyorsa hukuka aykırılığın giderilmesi veya yanlışlığın düzeltilmesini sağlayan *hukukî* ya da *yasal çare* olarak anılmaktadır<sup>1</sup>. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (bundan sonra kısaca CMK) 260. maddesinin gerekçesinde<sup>2</sup> *kanun yollarına başvurunun*<sup>3</sup> “*insan hak-*

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 633; Şahin/Göktürk, s. 211; Toroslu/Feyzioğlu, s. 320; Yurtcan, s. 1271.

<sup>2</sup> Bkz. gerekçe <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>.

<sup>3</sup> Öğretide, kanun yolu başvurusu ile *kanun yolu davası açıldığı* ve bir *muhakeme* olduğu belirtilmektedir. Centel/Zafer, s. 731: “Kanun yollarında *da ‘davasız yargılama olmaz ilkesi’* geçerlidir. Bir yargılama makamının kararındaki hukuka aykırılığın giderilebilmesi için aykırılığı ileri süren tarafından kural olarak bir açılması gerekir. Bu davaya, kanun yolu davası, muhakemeye ise denetim muhakemesi denilmektedir.”; benzer şekilde Toroslu/Feyzioğlu, s. 304: “Yargılama makamı tarafından verilen kararın hatalı olduğu veya hukuka aykırı bulunduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne götürülmesi şeklindeki hukukî çare ‘kanun yolu’na başvurmadır. Buna ‘kanun yolu davası’nın açılması da denilebilir.”; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 633: “İlk derece mahkemesince kararı, muhakemenin kesin olarak sona erdiği anlamına gelmemekte; bundan sonra, denetim muhakemesi adını verdiğimi yeni evre başlamaktadır.”; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1302, 1303: “Bir yargılama makamının verdiği bir kararda aykırılık olduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesi,

*ları ve adil yargılama ilkesi* bakımından *büyük önem*” taşıdığına vurgu yapılmıştır. Kararın *tekrar bir incelemeden geçirilmesi* amacına hizmet eden kanun yollarına başvuru bu vesileyle, *adalet duygusunun pekişmesini*<sup>4</sup> sağlamaktadır.

*Türk*<sup>5</sup> ve *Alman*<sup>6</sup> ceza yargılaması hukukunda *kanun yolları olağan ve olağanüstü olarak*<sup>7</sup> ikiye ayrılır. Bu iki kanun yolu arasındaki temel farksa,

---

‘kanunyolu’ davasının açılmasıdır. Ancak, kanunyolu davasında uyumsuzluk çok defa sarih olmadığından, ‘kanunyolu’, hatta doktrinde çok defa dâva olarak kabul edilmiştir.” Yazarlar ayrıca açılan dava üzerine uyumsuzluğun yine kolektif bir şekilde çözümlenmesi için yapılan faaliyetin *muhakeme* olduğunu ve bunun *talî muhâkemenin bir çeşidini* teşkil ettiğini ifade etmektedirler. “Memleketimizde kanunyolu muhakemesinde iddia makamının faaliyetini ifade için çok defa ‘kanunyollarına başvurmak’tan, ‘talep etmek’ten bahsedilmekte, müdafaa makamının faaliyeti de ‘cevap vermek’ diye adlandırılmaktadır. Yargılama makamının faaliyeti çok defa ‘tetkikat’ diye ifade edilmiştir. Kanunyolu muhakemesinde müdafaa makâmı, kararın hatalı olduğu iddia edilen ve doğru karar verdiğini iddia ettiği farz olunan yargılama makamıdır. Ancak bu makam görüşünü önce kararı ile belirttiğinden muhakeme sırasında müdafaa makâmı olarak ayrıca faaliyette bulunmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Buna karşılık kanunyoluna başvuran asıl dâvada karşısında bulunan taraftan kanunyolu dâvasındaki iddia hakkında ne düşündüğünün sorulmasında, kanunyolu yargılama makamını aydınlatma bakımından büyük fayda görülmüştür. Onun içindir ki, kanunyolu muhakemesinde ‘müdafaa’ makamını bu cevabı veren taraf işgal etmektedir.”

<sup>4</sup> Yurtcan, s. 1271, 1272.

<sup>5</sup> Donay, s. 341; Centel/Zafer, s. 729; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1306; Şahin/Göktürk, CMH II, s. 211; Özen, s. 16; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 720; Toroslu/Feyzioğlu, s. 320; Ünver/Hakeri, s. 376; Soyaslan, s. 519; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 661; Yurtcan, s. 1272.

<sup>6</sup> Kindhäuser, s. 344; Roxin/Schünemann, s. 446.

<sup>7</sup> Bunun haricinde kanun yollarını *dar ve geniş anlamda kanun yolu* olarak ikiye ayıran yazarlar da vardır: Centel/Zafer, s. 729: “Dar anlamda kanun yoluyla, yasada açıkça kanun yolu olarak adlandırılmış olan yasal çareler; geniş anlamda kanun yoluyla ise kanun yolu özelliğine sahip olmakla birlikte yasada açıkça kanun yolu olarak adlandırılmamış olan yasal çareler kastedilir. 1412 Sayılı CMUK’na göre, birinci grubu itiraz ve temyiz; ikinci grubu ise yargılamanın yenilenmesi ve yazılı emir oluşturmaktaydı.”; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1306’a göre *dar* anlamda kanun yolları, itiraz ve temyiz; *geniş* anlamda kanun yolları ise Kanun’da böyle adlandırılmamış olmalarına rağmen, yazarların kanun yolu tariflerine uygun düşüklerini belirttikleri, eski hâle getirme bazen geniş anlamda kanun yolu niteliğindedir, muhakemenin yenilenmesi de bu şekildedir.

*hükümün kesinleşmesi* niteliği bakımındandır; *olağanüstü*<sup>8</sup> kanun yollarına (CMK m. 309-323) *sadece kesinleşmiş hükümler için* gidilebilmektedir<sup>9</sup>. Türk hukukunda *olağan kanun yolu* itiraz (CMK m. 267-271), *istinâf*<sup>10</sup> (CMK m. 272-285) ve *temyiz* (CMK m. 286-307); Almanya’da kural olarak<sup>11</sup> itiraz (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu [bundan sonra kısaca AlmCMK] § 304-311a), *istinâf* (AlmCMK § 312-332), *temyizdir* (AlmCMK § 333-358).

---

Ayrıca sorgu hâkiminin verdiği ilk soruşturmanın açılması kararına karşı kabul edilen “muhâlefet yolu” geniş almanda kanun yolu idi. Yazarlar kanun yollarını ayrıca asıl derece ve hukukî derece kanun yolu olarak da ayırmaktadırlar. Sadece hukukî meseleye bakan *temyiz yolu*, hukukî derece kanun yoludur. Asıl derece kanun yolu ise hem maddî hem de hukukî açıdan uyumsuzlukları çözen kanun yoludur. İkinci derece de denilen asıl derece kanun yolları *istinâf* ve *itiraz*dır. Ayrıtlar için bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1308; **Yurtcan**, s. 1272’*a göre* kanun yolları kavramı yasal çare kavramının bir alt dalıdır. Üst kavram olan yasal çare, yasanın kanun yolu olarak adlandırmadığı çarelerdir. “Her yasayolu bir yasal çare, fakat her yasal çare bir yasayolu değildir.” Yasal çarelerden biri eski duruma getirmedir (CMK m. 40-42). Yasayolları ise *itiraz*, *istinâf*, *temyiz*, *başsavcının itirazı*, *yargılamanın yenilenmesi* ve *yazılı emirdir*.

<sup>8</sup> Türkiye’de *olağanüstü kanun yolları* ise *olağanüstü itiraz* [ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının *itirazı*] (CMK m. 308), *kanun yararına bozma* [yazılı emir] (CMK m. 309-310), *yargılamanın yenilenmesi* (CMK m. 311-323) bkz. **Özen**, s. 20; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 720; **Şahin/Göktürk**, CMH II, s. 211, 212; **Centel/Zafer**, s. 729, 730; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1307; **Yurtcan**, s. 1272 ise *başsavcının itirazını* *olağan kanun yolu* kabul etmekte; Almanya’da *yargılamanın yenilenmesi*, *meram anlatma itirazı* vs. hepsi için bkz. **Roxin/Schünemann**, s. 446.

<sup>9</sup> **Donay**, s. 341; **Şahin/Göktürk**, CMH II, s. 211; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1306, 1307; **Centel/Zafer**, s. 729; **Özen**, s. 16; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 720; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 320; **Soyaslan**, s. 519; **Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 661; **Yurtcan**, s. 1272.

<sup>10</sup> Henüz bölge adliye mahkemeleri kurulamamış olduğundan, mevcut *istinâf kanun yolu hükümleriyle*, *istinâf muhakemesinin* üzerine kurulmuş olan *temyiz muhakemesine* ilişkin hükümleri, Bölge Adliye Mahkemelerinin usûlüne göre kuruluşu tamamlandı, bu durum Resmî Gazete’de ilân edilinceye kadar uygulama bulamamaktadır. İlk derece mahkemelerinin hükümlerine karşı 5230 s. Kanun m. 8 gereği, mülga 1412 s. Kanun hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Krş. **Centel/Zafer**, s. 730, 731.

<sup>11</sup> Ayrıca ceza kararnamesine *itiraz* (AlmCMK § 410) gibi kurumlar da diğer kanun yolları olarak *olağan kanun yolları* içerisinde anılmaktadırlar. Bkz. hepsi için **Kindhäuser**, s. 344.

Mevcut çalışma *olağan kanun yollarından, itirazı* konu edinmektedir. Türk hukukunda itiraza ilişkin güncel tartışmaların varlığı ve 18.06.2014 tarihli 6545 s. Kanun eliyle yapılan son yasa değişikliklerinden, itiraz kurumunun doğrudan etkilenmiş olması, bu tercihte ana etmen olmuştur. Çalışma biri güncel sorunlara yönelik genel tartışmalar, diğeri de yeni yasal değişikliklerin getirdikleri olmak üzere iki ana bölümden oluşacaktır. Bu bağlamda ilk bölümde mevcut itiraz kurumunun iki temel unsuru olan, kanun yolu başvurusunda hata ve kanun yolu başvurusundan vazgeçme kurumuna değinilecektir. İkinci bölüm son yasal değişikliklerle birlikte tekrar ele alınması gereken, sulh ceza mahkemelerinin ikinci derece itiraz mercileri olarak öngörülmesi ile TCK m. 191 kapsamında Cumhuriyet savcısının kararlarına itiraz konularıdır. Çalışma Türk hukuku merkezli olup, Alman hukukuna gerekli yerlerde karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

### I. Kavramsal Olarak İtiraz Kanun Yolu

*Olağan kanun yollarından itiraz*<sup>12</sup> Alman hukukunda<sup>13</sup>, *karar ve tasarruflara* karşı (AlmCMK § 304) yapılan, bunların *fiilî ve hukukî* sorunların denetlenmesini (AlmCMK § 308 II) sağlayan bir yol; Türk hukukunda<sup>14</sup> henüz kesinleşmemiş *hâkim* ya da *mahkeme kararına* karşı kural olarak başka bir mercide kararın *maddî ve hukukî açıdan* yeniden incelenmesine olanak tanıyan bir *kanun yolu* olarak tanımlanmaktadır.

Aşağıda öncelikle kanun yolu başvurularında vuku bulabilecek hata ve bunların çözümüne yönelik uygulamalara, ardından kanun yolu başvurusundan vazgeçme kurumuna değinilecektir.

<sup>12</sup> Mülga CMUK döneminde yapılan acele itiraz (*sofortige Beschwerde*) ve adi itiraz (*einfache Beschwerde*) ayırımına mevcut CMK ile son verilmiştir. Bu kurumlar hakkındaki açıklamalar için bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1329. Bu ayırım Alman hukukunda ise hâlen devam etmektedir.

<sup>13</sup> **Roxin/Schünemann**, s. 446.

<sup>14</sup> Bkz. ayrıntılı **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 720; **Şahin/Göktürk**, CMH II, s. 211; **Centel/Zafer**, s. 743; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1323, 1324; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 329; **Ünver/Hakeri**, s. 410; **Soyaslan**, s. 526 dev.; **Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 662.

## II. Kanun Yolu Başvurusunda Kanun Yolu Türünde ya da Mercide Hatanın Hukukî Sonuçları

Başvuru esnasında kanun yolunun türü hatalı verilebilir ya da başvuru merci hatalı seçilmiş olabilir. Hatanın başvuru yapan kişiden ya da bizzat kararı veren merciden kaynaklanması arasında uygulama farklılıkları bulunmaktadır.

### A. Başvurucunun Tür veya Mercii Hatası Yapması

Başvurulan kanun yolunda *tür hatası* yapılması başvuruyu *geçersiz kılmaz*<sup>15</sup>. Zirâ burada önemli olan, kabul edilebilir bir başvuruda bulunmuş olma<sup>16</sup> yani *kanun yoluna başvurma irâdesi*<sup>17</sup> ve yapılan başvurunun *maddî anlamda içeriksel olarak, kanun yolu özelliğine sahip*<sup>18</sup> olmasıdır (*esasın usûle fedâ edilmemesi*<sup>19</sup>). Kişi itiraz kanun yoluna yaptığı başvuruda istediği kadar hataen “kararı temyiz ediyorum” ifâdesi<sup>20</sup> kullansın, belirleyici olan *süresi içinde yapılan başvurunun maddî içeriğidir*. Burada yasa yolu isteği reddedilmeden, mesela temyiz isteğinin *reddine karar verilmeden*<sup>21</sup>, dosya incelemeyi yapmaya yetkili mercie gönderilecektir (CMK m. 264).

Aynı hususlar, başvurulan kanun yolunda *sadece merci hatası* yapılmasında da (*şekli hata*)<sup>22</sup> geçerlidir (CMK m. 264)<sup>23</sup>. *Süre içinde olmak şartı* ile “*yanlış kapı çalınabilir*”<sup>24</sup>.

<sup>15</sup> Özen, s. 22, 23; Şahin/Göktürk, s. 216; Centel/Zafer, s. 738; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1316; Toroslu/Feyzioğlu, s. 325; Ünver/Hakeri, s. 402; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 649; Yurtcan, s. 1297; YCGK, 2010/3-127, 2010/149, iç: Yurtcan, s. 1297; Kindhäuser, s. 344, 345; Roxin/Schünemann, s. 446, 447.

<sup>16</sup> Centel/Zafer, s. 738.

<sup>17</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 325; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 649.

<sup>18</sup> Kindhäuser, s. 345; Roxin/Schünemann, s. 447.

<sup>19</sup> Özen, s. 23.

<sup>20</sup> Böyle bir karar için bkz. YCGK, 2010/3-127, 2010/149, iç: Yurtcan, s. 1297.

<sup>21</sup> YCGK, 2010/3-127, 2010/149, iç: Yurtcan, s. 1297.

<sup>22</sup> Özen, s. 21.

Başvuru merciinde yapılan hatadan sadece sanık, şüpheli değil, diğer taraflar (mağdur, eş vs.) da yararlanır<sup>25</sup>. Bizzat Cumhuriyet savcısının kanun yolu merciinde hata yapması hâlinde öğretilerde baskın görüş<sup>26</sup> ve son Yargıtay içtihatları<sup>27</sup> bu başvurunun geçerli sayılacağı yönündedir.

### B. Karar Veren Makamın Kendi Kararında Hata Yapması

Hata kanun yoluna konu edilecek *kararı veren makamın, kendi kararını hatalı ifade etmesiyle* de vuku bulabilir. Mesela mahkeme hatalı olarak hüküm yerine, ara karar kavramını kullanmış olabilir. Hatalı karara göre yapılan başvuru *Roxin/Schünemann*'a<sup>28</sup> göre geçersiz addedilmeyecektir. Zirâ burada önemli olan “olan başvuru” değil, “olması gereken başvuru”dur. İçeriksel olarak ara karar teşkil eden bir karara istendiği kadar hüküm den-

<sup>23</sup> Yurtcan, s. 1297; Özen, s. 21; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 717; Şahin/Göktürk, s. 218; Centel/Zafer, s. 738; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1316; Toroslu/Feyzioglu, s. 325; Ünver/Hakeri, s. 402; Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 649; Kindhäuser, s. 345.

<sup>24</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1316.

<sup>25</sup> Özen, s. 26.

<sup>26</sup> Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 649; Özen, s. 26; Şahin/Göktürk, s. 218; Toroslu/Feyzioglu, s. 325; tam tersine Centel/Zafer, s. 738, savcılarının hatadan yararlanamayacağını savunmaktadır. Yazarlar bu konuda yasalaşmamış olan, savcılarının da yapacaklarını hatalardan yararlanması gerektiğine ilişkin tasarı hükümlerine atıf yaparak, “Yasakoyucunun Tasarı metninde değişiklik yapması, onun Tasarı’daki düşüncesinden vazgeçtiği şeklinde yorumlanmaya da müsaittir.” ifâdesini kullanmaktadır. Mülga CMK hükmü yürürlükteki CMK’ya aynen alındığı için, savcılarının hatadan yararlanmasını kabul etmeyen YİBK, 22.01.1962-2/1 hâlen geçerli ve bağlayıcı kabul edilmelidir.; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1316.

<sup>27</sup> YCGK 2006/6-63, 2006/60, 28.03.2006; 2007/6-165, 2007/169, 17.07.2007; YCGK 2007/7-266, 2008/13, 5.2.2008, son anılan kararında YİBK, 22.01.1962-2/1’ye atfen “[...] anılan İBK’nın geçerliliği benimsendiğinde, yasa yolu başvurusunun en önemli sùjelerinden olan C. Savcılarının hatalı hüküm ve kararları denetleme, yasaya aykırılıkları düzeltirme haklarının önemli ölçüde ellerinden alınacağı, ceza yargısının temel amaçlarından olan maddî ve hukukî gerçeğe en kısa zamanda ulaşma hedefinden uzaklaşacağı gözetilmeli, bu nedenle de yürürlükte olduğu evrede dahi, haklı eleştirilerin hedefi olan anılan İBK’nın geçersiz hâle geldiği görüşüne yandaş olunmalıdır.” ifâdesini kullanmaktadır. Burada anılan tüm kararlar için bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi 18 Ağustos 2014.

<sup>28</sup> Roxin/Schünemann, s. 447.

sin, bu bir ara karar olarak kabul edilecek ve buna karşı yapılan başvuru da itiraz olacaktır<sup>29</sup>. Türk hukukunda **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**<sup>30</sup> de aynı fikri savunmaktadırlar. Yazarlar kararın nasıl nitelendirildiğinin değil, içeriği ve gerekçesinin önemli olduğu vurgusu yapmaktadırlar. Buna göre hatalı karar üzerine yapılan, bu nedenle kendisi de hatalı olacak başvuru, ilk hatalı karar yüzünden geçersiz kabul edilmeyecek; *karar doğru verilmiş olsa idi gidilebilecek olan kanun yoluna göre işlem yapılacak, süre kaçırımı söz konusu olduysa eski hâle getirme* gündeme gelecektir<sup>31</sup>. Ayrıca metinde ya da başlıkta geçen yazım hataları da (isim, yaş, hesap hatası vs. gibi) kararı geçersiz kılmayacak, bunlar kararı veren makam tarafından ya kendiliğinden ya da itiraz kanun yolunda yapılan bir uyarı üzerine düzeltilecektir<sup>32</sup>.

Yargıtay<sup>33</sup> kararı veren makamın, kendi kararını hatalı ifâde etmesinin hukukî sonuçları üzerinde ayrıntılı bir değerlendirme yapmaktadır: **Yasa yolu ve merciin yanlış gösterildiği**, fakat süre ve şeklin doğru gösterildiği durumlarda, yasa yoluna başvurulmuş olması durumunda, yanlış yasa yoluna süresinde yapılan başvuru, **doğru yasa yoluna usûlüne uygun olarak yapılmış bir başvuru gibi kabul edilecektir**<sup>34</sup>. Yargıtay CMK m. 264'ün yasa yolunun yanlış gösterilmesi hâlinde *tamamlayıcı norm olarak devreye girmesine, bir engel olmadığını belirtmektedir*. “Sonuç olarak; aslında temyiz olan yasa yolunun itiraz olarak gösterilmesi hâlinde, 7 günlük temyiz süresi içerisinde itiraz yoluna yapılan başvuru, usûlüne uygun şekilde yapılmış bir temyiz başvurusu olarak kabul edilmelidir. Süreden sonra yapılacak başvurunun da kabul edilmemesi gerekir.”<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Roxin/Schünemann, s. 447.

<sup>30</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 651.

<sup>31</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 651.

<sup>32</sup> YCGK, 7.11.2006, 4-227/228, iç: Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 635, 636, dip not: 18.

<sup>33</sup> YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007; krş. ayrıca YCGK, 2006/1-278, 2006/291, 5.12.2006, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

<sup>34</sup> YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

<sup>35</sup> YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

Buna karşın *kararda süre ve şeklin gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olması hâlinde*; bu Anayasa m. 40 II ile 5271 sayılı Yasa m. 34 II, 34 II, 231 II ve 232 VI maddelerindeki hükümlere aykırılık teşkil edecek, bu da 5271 sayılı Yasa m. 40 gereği *eski hâle getirme nedeni* teşkil edecektir. “Bu durumda; yasa yolu süresinin *işlemeye başlayacağından söz edilemeyeceği* için, tefhim veya tebliğ tarihi esas alınarak süresinde veya süresinden sonra yapılmış olan yasa yolu başvurusunun *bir nev’i eski hâle getirme talebi* olarak kabul edilmesi ve bu nedenle de incelenmesi gerekecektir.”<sup>36</sup> *Yasa yolu, merci, süre ve şekilden biri veya bir kaçının hiç gösterilmesi ya da yanlış gösterilmesi ancak herhangi bir temyiz yasa yoluna başvurulmamış olması hâlinde*, (5320 sayılı Yasa m. 8 I nedeniyle hâlen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUY m. 305 uyarınca, kesin olarak belirtilen hükümler ile re’sen temyize tabi bulunan hükümlere ilişkin istisnalar hariç) “davasız yargılama olmaz” ilkesine uygun olarak, süre ve istek koşullarına uygun temyiz davası açılmadığından, hükmün Yargıtay tarafından incelenmesi olanaksızdır. Bu itibarla bu gibi durumlarda *“olağan yolla veya eski hâle getirme yöntemiyle açılmış bir temyiz davası olmadığından, saptanan usûlî eksikliğe bu evrede ancak işaret edilmekle yetinilebilecektir.”*<sup>37</sup>. Kararda varılan bu sonucun sadece temyiz kanun yolu için değil, *ayrıca itiraz kanun yolu için de geçerli olacağından şüphe yoktur.*

*Yasa yolu, merci, süre ve şekilden biri veya bir kaçının hiç gösterilmemesi ya da yanlış gösterilmesine rağmen; ilk aşamada yasa yoluna başvurulmayı nispeten uzun bir süre geçtikten sonra yasa yoluna başvurulması hâlinde* ise, 5271 sayılı Kanun m. 40 uyarınca, *bu talebin eski hâle getirme talebi olarak ele alınması ve o şartlarda değerlendirilmesi gerekir*<sup>38</sup>. Ancak, burada m. 41 I’deki “Eski hâle getirme dilekçesi, engelin kalkmasından itibaren yedi gün içinde süreye uyulduğunda usûle ilişkin işlemleri yapacak olan mahkemeye verilir.” hükmü gözetilmek suretiyle,

<sup>36</sup> YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

<sup>37</sup> YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

<sup>38</sup> YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.



süre koşuluna uyulup uyulmadığı araştırılarak, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek başvuruların da önüne geçilmesi lâzımdır<sup>39</sup>.

### III. Kanun Yolundan Vazgeçme

Mülga Kanun m. 295'te "kanun yollarına müracaatta bulunmak hakkının *iskât olunması* veya vuku *bulmuş bir müracaattan vazgeçilmesi*" hükmü yer almakta, dolayısıyla mülga CMUK içerisinde, vazgeçme ve geri alma ayırımına gidilmekte idi. Yürürlükteki 5271 s. CMK m. 266 ise "Kanun yoluna *başvurulduktan sonra* bundan *vazgeçilmesi*, mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir." demekle, vazgeçme ve geri alma ayırımını terk etmiş gözükmemektedir. CMK m. 266. gerekçesinden<sup>40</sup> bu ayırımın bilinçli olarak ortadan kaldırıldığı anlaşılmakta, ancak madde gerekçesinde bunun sebebine değinilmemektedir.

Öğretiye<sup>41</sup> göre Kanun'da aslında, *geri alma anlamında vazgeçme* kavramı kullanılmıştır. Bu bağlamda burada tartışılması gereken ilk mesele, geri alma ve vazgeçmeden ne anlaşıldığı, ondan sonra da bu kavramların hüküm kapsamında ne derece bir geçerlilik bulacağıdır.

#### A. Kavram Olarak Vazgeçme ve Geri Alma

Özen'e<sup>42</sup> göre "*vazgeçme*, kullanılma hakkı doğan ve fakat henüz kullanılmaya başlanmamış bir hakkın, kullanılma imkânı hâlâ varken, hak sahibi tarafından kullanılmayacağına açıklanması"; *geri alma* ise "kanun yoluna başvuru hakkına sahip olan kişinin başvuru hakkını kullandıktan sonra, başvuru süresi dolmadan önce, başvurusunu geri alması" anlamına gelir. *Centel/Zafer*<sup>43</sup> ise kanun yoluna başvurma hakkı doğduktan sonra bu hakkın

<sup>39</sup> YCGK, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, bkz. Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi: 5 Eylül 2014.

<sup>40</sup> Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>.

<sup>41</sup> Özen, s. 74, 85, Şahin/Göktürk, s. 220; Centel/Zafer, s. 739, 740, ise "Yasa'da kanun yolundan vazgeçme (başvurunun geri alınması) açıkça düzenlenmiş (CMK m. 266); ancak, kanun yolundan ferâgat öngörülmemiştir."; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 1314 "maddede gerialma yerine vazgeçme denilmiştir."

<sup>42</sup> Özen, s. 75, 79.

<sup>43</sup> Centel/Zafer, s. 739, 740.

kullanılmayacağıının bildirilmesine kanun yolundan *ferâgat*, kanun yoluna başvurduktan sonra bundan dönülmesine de kanun yolundan *vazgeçme* (*başvurunun geri alınması*) demektir. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*'ye<sup>44</sup> göre "Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, *vazgeçme* suretiyle önceden, *gerialma* suretiyle sonradan düşürülebilir."<sup>45</sup> CMUK zamanında *Öztürk/Erdem/Özbek*<sup>46</sup> bu kavramları şu şekilde tanımlanmakta idiler: "*Vazgeçme*, yani yapılması mümkün ve fakat henüz yapılmamış bulunan bir istemin, istemi yapmaya yetkili kişi tarafından yapılmayacağıının açıklanması şeklinde olabileceği gibi; *geri alma*, yani yapılmış bir istemin, buna yetkili kişi tarafından, geçersiz sayılmasının istenmesi şeklinde de olabilir."

Bu çalışma kapsamında, yukarıda yapılan tanımlamalardan, *Centel/Zafer* tanımı takip edilecektir. Türkçe sözlükte *ferâgat kendi isteğiyle hakından vazgeçme anlamına gelir*<sup>47</sup>. *Vazgeçme*, "kendi hakkı olan bir şeyi artık istememek" yani haktan *el çekmek*;<sup>48</sup> "kendi hakkı saydığı bir şeyi artık istemez olmak", "eskiden beri yapmakta olduğu bir şeyi artık yapmaz olmak", "niyetten veya karardan dönmek, caymak"<sup>49</sup> anlamındadır. İstirdâd anlamına gelen *geri alma* ise, "verdiği şeyi geri istemek, geriye, arkaya doğru götürmek ya da gitmesini sağlamak"<sup>50</sup> olarak tanımlanmaktadır. Tanımlardan anlaşıldığı üzere *vazgeçme* sözcük olarak aslında ferâgati ve geri almayı kapsar nitelikte, *geniş anlamlı bir sözcüktür*. Hakkı olanı istememek ya da haktan el çekmek, kavramsal olarak hem anlık bir fiili hem de bir süreci kapsar. Bu hâliyle *hakkı olanı istememe hakkı*, o hak baki olduğu sürece *devamedegelen* bir hak olarak saklı kalacaktır. Dolayısıyla *vazgeçme*, kullanılabilir bir hakkın *ilk başta kullanılmaması (ferâgat)* gibi, kullanıldıktan sonra da *geri alma suretiyle yürütmesine son verdirilmesini* kapsamaktadır. Ayrıca ferâgat ile geri alma arasında *a priori* bir ilişki vardır. Zirâ

<sup>44</sup> *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 1314.

<sup>45</sup> *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 1314.

<sup>46</sup> *Öztürk/Erdem/Özbek*, s. 820.

<sup>47</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5412a034502c55\\_60444485](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5412a034502c55_60444485), erişim tarihi: 1 Eylül 2014.

<sup>48</sup> *Püsküllüoğlu*, s. 682, 1793.

<sup>49</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5412a07510b9d0\\_36830677](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5412a07510b9d0_36830677), erişim tarihi 1 Eylül 2014.

<sup>50</sup> *Püsküllüoğlu*, s. 738, 941.

geri alınabilen, ayrıca ferâgat edilebilen olmak zorundadır. Başka bir deyişle geri alma ferâgati içine alır. Dolayısıyla kanun yoluna başvurusundan *vazgeçilmesi, ferâgati içeren geri alma kavramına denk gelen üst bir kavramdır. Şu hâlde vazgeçme, ferâgat edilebilecekken edilmemiş kanun yolu başvurusunun, sonradan geri çekilmesi anlamına gelir (geri alma).*

Bu netice karşısında sorgulanması gereken diğer bir husus, ferâgat ve geri almanın vazgeçme başlığı altında, CMK m. 266 I kapsamında uygulanabilir olup olmadığıdır.

### **B. Aynı Hükme Göre Vazgeçme ve Geri Alma Mümkün Olabilir Mi?**

*Özen*'e<sup>51</sup> göre itiraz kanun yolu bir hak olduğuna göre, hak sahibinin bu hakkı kullanmaktan da vazgeçebilmesi gerekir. O nedenle bu yönde bir düzenlemeye gidilmesi de isabetli olacaktır. Şikâyet kurumu ile de benzer sorunun yaşandığına dikkat çeken *Özen*, öğretinin kanunda yer almamasına rağmen önceden vazgeçmeyi kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak Yargıtay'ın (6. CD, 9.9.2005, 2005/100068-7180) itiraz konusunda önceden vazgeçmeyi reddeden bir kararının olduğuna da dikkat çekmektedir. Aynı şekilde *Şahin/Göktürk*<sup>52</sup> de vazgeçme ile aslında geri almanın kastedildiğini belirttiği hüküm bakımından, sadece geri almanın maddede öngörülmesi karşısında, artık vazgeçmenin hukukî sonuç doğurmayacağını belirtmektedirler. Yazarlar yukarıda *Özen* tarafından anılan Yargıtay kararına atfen, hükmün tefhiminde kanun yoluna başvurulmayacağı belirtilse de, bu vazgeçme beyanının, CMK m. 266 anlamında bir vazgeçme olmadığından, kabul görmeceğini belirtmektedirler<sup>53</sup>. *Centel/Zafer*<sup>54</sup> hukukun genel ilkeleri uyarınca *hak sahibinin hakkı doğduktan sonra özgür irâdesiyle bu hakkını kullanmayacağını* açıklamasının mümkün olduğunu, ferâgatin ilgili makama bildirilmesiyle kararın kesinleşeceğini ifade etmektedirler. Ferâgat kararın ilgiliye

<sup>51</sup> *Özen*, s. 74; *Toroslu/Feyzioğlu*, s. 325 ise "başvurmaktan vazgeçebilecekleri veya başvurularını geri alabilecekleri kural olarak kabul edilmiştir (CMK m. 266)" ifâdesi kullanılmaktadır.

<sup>52</sup> *Şahin/Göktürk*, s. 220.

<sup>53</sup> *Şahin/Göktürk*, s. 220.

<sup>54</sup> *Centel/Zafer*, s. 740.

bildirilmesinden, kanun yolu için öngörülen sürenin bitimine kadar; başvurudan vazgeçme yani geri alma ise, mercii tarafından talep konusundaki karar verilinceye kadar mümkündür. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**<sup>55</sup> ise “Kanunumuzda vazgeçme ve gerialma farkına dikkat edilmediğini” ifade etmektedir. Eserlerinde hem vazgeçmeye hem de geri almaya ilişkin açıklamalarda bulunan yazarların, vazgeçme ve geri alma ayırımını zımnî olarak sürdürme irâdelerinin bulunduğu söylenebilir. **Soyaslan**<sup>56</sup>, CMK m. 266 kapsamında hem vazgeçme hem de geri almayı mümkün görmekte, vazgeçme kavramı ile geri almayı eşanlamli addetmektedir. “Kanun yoluna başvurduktan sonra, başvuran süje kanaat değişikliği hâlinde başvurusundan vazgeçebilir. Gerçekten mahkeme kararının başlangıçta hukuka aykırı olduğu kanaatinde olan süje, daha sonra bu kanaatini değiştirerek başvurudan vazgeçmeyi düşünebilir. Vazgeçme kanun yoluna başvuru süresi içinde yapılabileceği gibi, süre dolduktan başvuru yapıldıktan sonra da yapılabilir. Menfaat sahibi suje veya taraf daha başvuru yapılmadan önce de başvuru yapmayacağını açıklayabilir. Başvuru yaptıktan sonra da mercii tarafından karar verilinceye kadar başvurudan vazgeçebilir (CMK m. 266 I).”<sup>57</sup>. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**<sup>58</sup> Kanun içerisinde sadece geri alma konusunda bir düzenleme getirildiğini, ancak bundan vazgeçmenin mümkün olmayacağı gibi bir sonuç çıkarılmayacağını savunmaktadırlar. Ancak vazgeçmeyi kabul etmeyen yukarıda **Özen** tarafından da anılan Yargıtay kararına atfen yazarlar “bunun altında yatan düşünce, vazgeçmenin genellikle kararın ilk şok etkisi veya cezanın yüksekliğinden kaynaklanan heyecana dayanmasıdır.” ifâdesini kullanmaktadırlar.

CMK m. 266’ya denk gelebilecek hüküm AlmCMK § 302 içerisinde yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre, *vazgeçme ve geri alma, başvuru süresinin bitmesinden önce geçerli bir şekilde vuku bulabilir*<sup>59</sup>. Bu hüküm CMK’nın “Kanun yoluna **başvurulduktan sonra**

<sup>55</sup> **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1314.

<sup>56</sup> **Soyaslan**, s. 523, 524.

<sup>57</sup> **Soyaslan**, s. 524.

<sup>58</sup> **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 655.

<sup>59</sup> Vazgeçme ve geri almaya ilişkin bkz. **Roxin/Schünemann**, s. 451 dev.; **Kindhäuser**, s. 348 dev.

bundan **vazgeçilmesi**, mercii tarafından karar verinceye kadar geçerlidir.” hükmünden daha geniş kapsamlıdır. Yukarıda anıldığı üzere Türk kanun koyucusunun bu ayırma neden gittiği belirsizdir. Kanun koyucusunun ferâgatten daha karmaşık ve daha çok sorun yaratan (karşı taraftan onay alma vs.) geri almaya (CMK tabiriyle vazgeçmeye) yer verirken, bundan daha basit yapıda olan ferâgati kasten uygulama dışı bırakmak isteme kastı olduğu doğrudan kanun maddesinden ve gerekçesinden çıkarılamamaktadır. Ayrıca Kanun’un doğmuş bir hakkın kullanılmasının istenmemesi ile kullandıktan sonra geri alınmasını isteme hususunda bir derecelendirmeye giderek, en sonuncusunda üstünlük sağladığı da kanun metninden ya da evrensel bir ilkeden çıkarılamamaktadır.

Bu çalışmada **vazgeçme, aynı zamanda ferâgati de içeren geri almayı kapsayan bir üst kavram** olarak nitelendirildiğinden, **CMK m. 266’nun hem ferâgati hem de geri almayı içerdiğini kabul etmek gerekir**. Ferâgat hakkını ilk doğduğu anda kullanmamak, sonradan kullanmayı engellemiyorsa, sonradan kullanmak da önceden kullanmak hakkını ortadan kaldıramaz. Ayrıca geri alma kurumu, ferâgatten daha özellikli ve ayrıntılı koşullar gerektirdiğinden, kanun koyucusunun vazgeçme kavramı altında, ferâgatten ziyade geri almaya ilişkin ayrıntılara yer vermiş olması da muhtemel bir durumdur.

### C. Vazgeçmeye İlişkin Esaslar

Vazgeçme de tıpkı başvuru hakkını kullanmada olduğu gibi, belirli bir *anlama ve kavrama kabiliyeti*<sup>60</sup>, sağlıklı bir *vazgeçme irâdesi* aranmaktadır. Bunun için kişinin *vazgeçmenin sonuçlarının bilincinde olması* gerekir<sup>61</sup>. Ayrıca irâdenin aldatma, zorlama vs. suretiyle sakatlanmamış olması lâzımdır<sup>62</sup>. Ayrıca başvuru hangi *şekil şartlarına* tabii ise, vazgeçme de aynı *şekil şartlarına* tabi olacaktır<sup>63</sup>.

Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından *karar verinceye* kadar geçerlidir (CMK m. 266 I). Öğretide **Özen**

<sup>60</sup> Meyer-Goßner, s. 1242.

<sup>61</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 655.

<sup>62</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 655.

<sup>63</sup> Özen, s. 76, 80; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 656; Kindhäuser, s. 349; Meyer-Goßner, s. 1242.

tarafından *merci tarafından karar verinceye kadar* ifâdesi kesin bir zaman dilimini ifâde etmediği için “isabetli bir düzenleme”<sup>64</sup> olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte ferâgat ve geri almaya ilişkin AlmCMK § 302’nin *daha da belirsiz* bir kavram kullandığını belirtmek gerekir. Buna göre, kanun yolu başvurusunun geri alınması ve kanun yolu başvurusundan ferâgat, bunların *başvuru süresinin sona ermesinden önce* geçerli olarak yapılabilir. Buna ek olarak ferâgat ve geri alma zamanı konusunda tam bir fikir birliği bulunmaktadır. *Ferâgat*, kanun yolu başvurusu yapılması mümkün olduğu sürece<sup>65</sup>; yani kanun yoluna başvurusu yapılacak *kararın verilmesi ile birlikte*<sup>66</sup> başlayıp, kanun yolu başvurusu yapılması gereken *süre boyunca vuku bulabilir*<sup>67</sup>. *Geri alma* ise ancak, bir başvuru yapıldıktan *sonra* ve *kanun yolu başvurusu hakkında karar verilene kadar* söz konusu olabilir<sup>68</sup>. *Meyer-Goßner*<sup>69</sup> kararın verilip, temyiz isteminin kabule değer sayılmamasından dolayı, temyiz isteminin hükmü temyiz olunan mahkemece AlmCMK § 346 I’e göre (bu hüküm CMK m. 296 I’e denk gelmektedir) reddi kararının verilmesinden sonra, ancak kararın kesinleşmesinden önce geri almanın mevzubahis olacağını belirtmektedir. Kararın verilmesi usûlü ACMK ve CMK içerisinde 33. maddede öngörülmüş, CMK ve AlmCMK § 35 içerisinde *verilen kararın açıklanmasına* yer verilmiştir. Duruşmada verilen kararın ister sanık hâlihazırda olsun, ister olmasın, AlmCMK ve CMK m. 35 I kapsamında kararın *açıklanması ile verilmiş* olacağı ifâde edilmektedir<sup>70</sup>. Görüldüğü üzere burada tevdi ya da tebliğ tarihi belirleyici değil, *duruşmada kararın açıklanması tarihi (tefhimi) belirleyicidir*. Duruşma dışı verilen kararda ilgisinin hazır bulunduğu hâllerde yine ACMK ve CMK m. 35 I

<sup>64</sup> Özen, s. 79.

<sup>65</sup> Karlsruhe Kommentar, 302-Paul, satır no: 6; Meyer-Goßner, s. 1243.

<sup>66</sup> Meyer-Goßner, s. 1243’e göre bu kararın verilmesinden önce olamaz, ancak kararın gerekçelerinin ilân edilmesinden önce vuku bulabilir.

<sup>67</sup> Pfeiffer, m. 302, satır no: 5; Meyer-Goßner, s. 1244.

<sup>68</sup> Karlsruhe Kommentar, m. 302-Paul, satır no: 4; Pfeiffer, m. 302, satır no: 5; karar verilene kadar başvurunun caiz olduğu konusunda bkz. ayrıca OLG Hamburg NStZ 1983, 426.

<sup>69</sup> Bu hususta bir Alman Federal Mahkemesi (BGH NStZ 98, 52) kararına da atfen bkz. Meyer-Goßner, s. 1241.

<sup>70</sup> Meyer-Goßner, s. 126.

gereği tefhim tarihi esas alınacaktır<sup>71</sup>. Duruşma dışında ilgisinin hazır bulunmadığı durumlarda karar yazılı olarak verilir<sup>72</sup>. Duruşma dışı yazılı kararların alınmasında, iki durum söz konusudur. Biri kararın dosya üzerinden verilmesi, diğeri ise kararın dış dünyada etki göstererek verilmesidir. Dosya üzerinden yazılı kararın verilmesi, ilgili hâkimin kararı imzalayıp, mahkeme dışından başka kişilerin tam yazılı metin hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak üzere hazır etmesi ile vuku bulur<sup>73</sup>. Hâkimin kararı **imzalamaya zorunluluğu** hâkim kararı bakımından zamanaşımının kesilmesine ilişkin AlmCMK § 78c II içerisinde, hüküm bakımından ise AlmCMK § 275 II'de *açıkça* öngörülmüş olup, bunun haricinde böyle bir zorunluluğun bulunmadığına öğretide<sup>74</sup> dikkat çekilmektedir. Bu bağlamda imza olmaması durumunda mevcut şartlar, kararın ilgili hâkimin irâdesini yansıttığı hususunda şüphe yaratmamalıdır<sup>75</sup>. Bu şekilde karar verilmiş olup, AlmCMK § 296, CMK m. 260 anlamında kanun yoluna başvurulabilir, yani itiraz edilebilirdir; ancak hâlâ kararın değiştirilmesi (bu özellikle CMK m. 298'e denk gelebilecek AlmCMK § 349 için söz konusu olabilir) mümkündür<sup>76</sup>. Kararın dış dünyada etki göstererek verilmesi ise kararın mahkeme dışı makam ya da kişilere teslim edilmesi ile söz konusu olur<sup>77</sup>. Dolayısıyla burada belirleyici olan, mahkeme içerisinde kararın yer değiştirmesi değil, tam tersine artık kararın değiştirilmesinin fiilen mümkün olamayacağı andır<sup>78</sup>.

Tüm bu açıklamaların ardından CMK m. 266 açısından da, *ferâgat bildiriminin, kanun yolu başvurusunun yapılabileceği son gününe kadar mümkün olmasının önünde yasal bir engel bulunmadığını* belirtmek gerekir.

<sup>71</sup> Meyer-Goßner, s. 126.

<sup>72</sup> Meyer-Goßner, s. 126.

<sup>73</sup> Meyer-Goßner, s. 126.

<sup>74</sup> Meyer-Goßner, s. 126; Türk hukukunda hâkim kararları ve zamanaşımının kesilmesine ilişkin AlmCMK § 78 c'ye denk gelebilecek TCK m. 67 içerisinde imzaya ilişkin ayrıca bir hüküm yoktur. Ancak AlmCMK § 275 II'ye denk gelebilecek CMK m. 232 IV, karar ve hükümlerin bunlara katılan hâkimler tarafından imzalanacağını emretmektedir. Türk hukukunda hükmün imzalanması konusunda ayrıntılar için bkz. **Baleci**, s. 128 dev.

<sup>75</sup> Meyer-Goßner, s. 126.

<sup>76</sup> Meyer-Goßner, s. 126.

<sup>77</sup> Meyer-Goßner, s. 126.

<sup>78</sup> Meyer-Goßner, s. 126, 127.

Şu hâlde ferâgat, kanun yolu başvurusu yapılmadığı sürece, *itiraz edilecek karar verildiği andan itibaren, kanunî sürenin dolması anına kadar* yapılabilir. Ferâgatte bulunulmamış ise, kanun yolu başvurusunun *geri alınması*, itirazı inceleyecek *merciin itiraz hakkında karar vermesi anına kadar* mümkündür. Karar verme anının belirlenmesi konusunda Alman hukuku açısından yapılan açıklamalar, düzenlemelerin büyük benzerlik gösterdiği Türk hukuku bakımından da geçerli olacaktır. Bu durumda CMK m. 33'de belirtilen usûllere uyularak verilecek karar, duruşma kapsamında CMK m. 35 I gereği tefhimle, duruşma dışında yazılı kararın dosya üzerinden *hâkimce hazırlanmış olması ile* gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla burada belirleyici olan hâkimin kararı hazırlamış olması olup, ilgisine tebliğ edilme anı esas alınmayacaktır. Karar verildikten sonra vazgeçme hakkının kullanılması ise artık söz konusu olamayacaktır<sup>79</sup>.

Kanun yoluna *başvuru yetkisi olan herkesin*, kanun yolundan vazgeçmesi de mümkün kabul edilse de<sup>80</sup> bazı kişiler açısından vazgeçme hakkının *sınırları* tartışmalıdır:

*Şüpheli ve sanığın* başvurusundan vazgeçme hakkı bulunmaktadır. Şüpheli/sanık vazgeçme hakkını kullandığını müdafine haber vermek zorunda değildir<sup>81</sup>. Ancak aşağıda değinileceği üzere, zorunlu müdafilerle ilgili olarak, şüpheli/sanığın vazgeçme hakkına ilişkin sınırlayıcı istisnalar söz konusudur. *Birden çok şüpheli/sanık* olması durumunda, bunlar ya tek başlarına ya da hep birlikte bir dilekçe ile başvurularından vazgeçebilirler<sup>82</sup>. Sorun, birden çok şüpheli/sanıktan sadece bir kısmının başvurudan vazgeçmesinin, diğerlerinin (bundan haberleri olsa da olmasa da) başvurusuna sirayet edip etmeyeceğidir. CMK içerisinde vazgeçmenin sirayeti konusunda özel bir hüküm yoktur. Ayrıca vazgeçme bir *hak olduğundan, sirayet mümkün olmamalıdır*<sup>83</sup>.

*Eş, kanunî temsilcinin* başvurularından vazgeçmeleri hususu tartışmalıdır. Bir kesime<sup>84</sup> göre bunlar başvurularından sanık/şüpheli *izni olmak-*

<sup>79</sup> Özen, s. 80.

<sup>80</sup> Özen, s. 75; Meyer-Göbner, s. 1241.

<sup>81</sup> Özen, s. 80.

<sup>82</sup> Özen, s. 81.

<sup>83</sup> Krş. Özen, s. 81, 82.

<sup>84</sup> Özen, s. 85, 86.



sızın vazgeçebilirler. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**<sup>85</sup> ve **Roxin/Schünemann**<sup>86</sup> ise kanunî temsilcinin başvurusunu geri alması hususunda, savcının başvurusunu geri almasına ilişkin hükümlerin (CMK m. 266 I ve AlmCMK § 302 I) kıyas yoluyla geçerlilik kazanmasını savunmaktadırlar. İki düzenleme de *savcıdan sanığın geri almaya olurluğunu almayı aramaktadır*. Bu görüş sanık haklarını ve irâdesini daha ön plana çıkardığı için bu görüşe katılmak gerekir.

**Müdafin** veya **vekilin** başvurudan vazgeçebilmesi, bu konuda yetkili kılınmaları koşuluyla mümkündür<sup>87</sup>. Bu hususta *vekâletnamede özel yetkili kılınmış olmak*<sup>88</sup> gerekir (CMK m. 266 II, AlmCMK § 302 II ise sadece açıkça yetkilendirmeyi anmakta<sup>89</sup>). Birden çok avukatın bulunması hâlinde, bunlardan birinin özel yetkili olması yeterlidir. Diğer avukatların bundan haberi olup olmamasının bir önemi yoktur<sup>90</sup>. Kural vazgeçmede, vekil ya da müdafî değil, tersine *başvuru sahibinin bizzat kendisinin (şüpheli/sanık vs.) irâdesine üstünlük tanınmasıdır*. Dolayısıyla da bunların arasında vazgeçmeye yönelik fikir ayrılıklarında, *katılan, şüpheli ve sanık irâdesi üstün* tutulacaktır.

Ancak kanun *zorunlu müdafiler* bakımından bu kurala bir *istisna*<sup>91</sup> getirmiştir: *150. maddenin ikinci fıkrası* uyarınca, *kendisine müdafî atanan*

<sup>85</sup> **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 657.

<sup>86</sup> **Roxin/Schünemann**, s. 452.

<sup>87</sup> **Özen**, s. 82; **Şahin/Göktürk**, s. 215; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 657.

<sup>88</sup> **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 718; **Özen**, s. 77, 78'e göre ise, bu hüküm *zorunlu* müdafî için bu geçerli değildir, dolayısıyla bunların vekâletnamede özel yetkili kılınmasına gerek yoktur. "Çünkü bu durumda hem ortada vekâlet sözleşmesi bulunmakta hem de irâde uyumsuzluğu hâlinde, zorunlu müdafin irâdesine üstünlük tanınmaktadır."

<sup>89</sup> Alman hukukuna göre vazgeçmeye ilişkin özel yetki, vekâletle özel yetkilendirme anlamında değildir. O nedenle belirli bir şekle tabii olmadan, yazılı, sözlü hatta telefonla bile verilebilir. Bkz. **Roxin/Schünemann**, s. 452.

<sup>90</sup> **Özen**, s. 82.

<sup>91</sup> **Centel/Zafer**, s. 740, zorunlu müdafilik, müdafin görevlendiriliş biçimiyle (atama ya da seçilme) alakalı bir durum değildir. Bunlar adalet ve yasa uyarınca görev yaparlar. O nedenle farklılık yaratılmadan, seçilmiş müdafiler için de bu kural geçerli olmalıdır.

şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde, şüpheli veya sanık ile müdafin irâdesi çelişirse, müdafin irâdesi geçerli sayılır (CMK m. 266 III). CMK m. 150 II uyarınca ise müdafî bulunmayan ve kendisine müdafî atanacak olan şüpheli veya sanık, *çocuk*<sup>92</sup>, kendisini savunamayacak derecede *malul* veya *sağır* ve *dilsiz* ise, *istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilecektir*. Hükümün getiriliş amacı konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur: “[...] yasa koyucu tarafından fıkra da sayılan kişilerin savunma hakkının önemini kavrayabilecek duruma sahip olmadıkları varsayıldığı için savunma hakkının kullanılabilmesi ve adil bir yargılama yapılabilmesi bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmüştür.”<sup>93</sup>, “[...] bazı özellikleri yönünden korunmaya daha fazla muhtaç kişilerdir. Kanun’un burada müdafin irâdesini şüpheli veya sanık irâdesine göre üstün tutması yerinde olmuştur.”<sup>94</sup>, “çocukların irâde zafiyeti nedeniyle etki altında kalabilmeleri ve kendi menfaatleri aleyhine sonuç doğurabilecek nitelikte karar vermelerini önlemektir.”<sup>95</sup>; “Kanun koyucu bu düzenlemede, şüpheli veya sanığı kendilerine rağmen korumak istemiştir.”<sup>96</sup>. Ayrıca müdafî daha sağlıklı ve objektif düşünebilir<sup>97</sup>.

Her ne kadar takdim edilen gerekçeler makul olsalar da, CMK m. 266 III’ün *kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağdaşır* nitelikte yeniden düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Zirâ Anayasa m. 17 I, III herkesin, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tâbi tutulamayacağını belirtmektedir. *Bu iki haktan doğan* kendi geleceğini belirleme hakkı, çocuk-engelli, aleyhe-lehe gibi bir ayırım yapılmadan *herkese eşit derecede* tanınmıştır. *İnsan haysiyetine dokunulması yasağı, insanın yargılamanın bir nesnesi hâline dönüştürülmesi yasağını da içerir*. Çocuğun kendi kararını alma özgürlüğü, kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında, kişiliğinin bir parçası olarak korunmalıdır. İlgilinin geleceğe yönelik kararları, bir

<sup>92</sup> Donay, s. 342’ya göre çocuğun yaşı, dilekçeyi verdiği tarihe göre hesaplanacaktır.

<sup>93</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 719.

<sup>94</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 719.

<sup>95</sup> Donay, s. 342.

<sup>96</sup> Özen, s. 83.

<sup>97</sup> Soyaslan, s. 525.

başkasının -bu adalete hizmet eden müdafî dahi olsa-, eline korumadan *yoksun* bir şekilde bırakılmamalıdır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 4 d bendinde, “Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması” ilkesine yer vermiştir. Ayrıca çocuğun menfaatleri doğrultusunda hareket etmek, öncelikle bunların yükümlülüğü altındadır (Medenî Kanun m. 339 I, 340 I). Bu bağlamda zorunlu müdafî ile birlikte aile, kanuni temsilci, vasi vs. görüşü alınarak, ilgili küçük ya da engelli uygun bir dilde başvurudan vazgeçme ve bunun hukukî neticeleri hususunda bilgilendirilerek ve bu hususta eğitildikten sonra görüşü alınarak, dolayısıyla bir uzlaşî oluşturulmalıdır. **Çocuk ya da engelli birey, vazgeçme ehliyetine haiz olduğu sürece, kendi kararını kendi vermelidir**<sup>98</sup>. Vazgeçme ehliyetinin bulunmadığı hâllerde ise, zorunlu müdafî değil, **çocuk ve engellinin kanunî temsilcisinin kararı** belirleyici olmalıdır. Alman hukuku bu konuda Türk Çocuk Koruma Kanunu’na denk gelebilecek olan “Gençlerin Yargılanması Kanunu” (Jugendgerichtsgesetz) m. 55 III içerisinde *açık* bir düzenlemeye gitmiştir. Buna göre eğitmen ya da kanunî temsilci, yapmış olduğu kanun yolu başvurusunu *sanığın (yani genç, çocuğun) onayı olmadan geri alamazlar*. Aynı şekilde öğretide<sup>99</sup> sanığın yapmış olduğu kanun yolu başvurusundan, *kanunî temsilcinin, sanığın onayı olmadan vazgeçemeyeceği; çocuğun kanunî temsilcisinin onayı olmadan kendi başvurusundan vazgeçebileceği*<sup>100</sup> savunulmaktadır.

**Cumhuriyet savcısı** da başvurusundan vazgeçebilir. CMK **Cumhuriyet savcısı** tarafından sanık *lehine* yapılan başvurudan *onun rızası olmaksızın* vazgeçilemez (CMK m. 266 I, AlmCMK § 302 I) demektir. Bu hükmün sebebinin “sanığın Cumhuriyet savcısının yaptığı başvuruya güvenerek

<sup>98</sup> Burada şikâyetten vazgeçme konusunda verilen bir Yargıtay (2. CD, 17.5.2007, 2007/1487, 2007/7094) kararına da atıfta bulunmak gerekir: “Medenî Kanun’un 16. maddesinde *mümeyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanunî mümessilin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacaklarının açıklanmış bulunmasına göre*, 1990 doğumlu olup 2.2.2006 tarihli son oturumda şikâyetten vazgeçtiğini bildiren mümeyiz mağdur [...] şikâyetten vazgeçmesinin geçerli olduğu gözetilerek kamu davasının düşürülmesine karar verilmesinde zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiş [...]”

<sup>99</sup> Vazgeçme hakkı ve bunun istisnaları hususunda bkz. Eisenberg, m. 55, satır no: 10 dev.

<sup>100</sup> Meyer-Goßner, s. 1241.

kanun yoluna başvurmamış olabileceği” olduğuna işaret edilmektedir<sup>101</sup>. Aleyhe yapılan başvurudan vazgeçmede ise sanık/şüpheli kabulü aramaya gerek yoktur<sup>102</sup>.

**Katılan** da başvurusundan vazgeçebilir<sup>103</sup>. Öğretide<sup>104</sup> şüpheli/sanığın vazgeçmesine ilişkin açıklamaların burada da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Birden fazla katılan olması durumunda da aynı şekilde sirayet mümkün olamayacaktır. Katılanın vazgeçebilmek için sanıktan olur almasına gerek yoktur<sup>105</sup>. **Zorunlu vekil ile katılan** arasında irâdeler çelişecek olursa, CMK m. 234 II gereği vekil irâdesine üstünlük tanınacağı belirtilmektedir<sup>106</sup>. Kişiliğin korunması ve geliştirilmesi bağlamında kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında yapılan eleştiriler, burası için de geçerlidir.

#### IV. Ara Değerlendirme

Çalışma ilk bölümünde hata ve vazgeçme hususunda yapılan güncel tartışmalara yer verilerek, ilgili alanlara ilişkin, ayrıntılar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kısımda özellikle Cumhuriyet savcılarının kanun yolu başvurusunda yapabilecekleri hatalarının da artık kabul edilebilir olması ile mahkemelerin kendi kararlarında yapabileceği hatalar üzerinde ayrıntılı değerlendirmelere gidilmesi dikkat çekici hususlardandır. Vazgeçme hususunda ise hem hak arama özgürlüğünü hem de zorunlu müdafii ya da vekile karşı ilgisinin (şüpheli, sanık ya da katılan) irâdesini güçlendirici yaklaşımlar daha yerinde olacaktır.

<sup>101</sup> **Özen**, s. 85; **Şahin/Göktürk**, s. 221; **Centel/Zafer**, s. 740; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 1314; **Roxin/Schünemann**, s. 452.

<sup>102</sup> **Özen**, s. 84; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 657 hem lehe hem de aleyhe kanun yoluna gidilmesi durumunda sanık/şüphelinin rızasının aranması gerektiğini savunmaktalar.

<sup>103</sup> **Özen**, s. 82; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 658.

<sup>104</sup> **Özen**, s. 82.

<sup>105</sup> **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 658.

<sup>106</sup> **Özen**, s. 75, 83; **Centel/Zafer**, s. 740; **YCGK**, 2008/5-145, 2009/8, iç: Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi 10 Eylül 2014: “CYY’nın 266/2. maddesinde yasa yollarına başvurma konusunda, aynı Yasanın 150/2. maddesine göre atanan zorunlu müdafii ile asilin irâdesinin çelişmesi hâlinde, zorunlu müdafinin irâdesinin esas alınacağına ilişkin kuralın, olayımızda da mağdur yönünden kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır.”

Çalışmanın ikinci kısmında, 18.06.2014 tarihinde 6545 s. Kanun ile vuku bulan son CMK ve TCK değişikliklerinin ardından itiraz kurumunu yakından ilgilendiren iki hususa değinilecektir. Bunlardan biri itiraz edilen kararı inceleyecek olan sulh ceza hâkimliklerine ilişkin CMK m. 268 III a, b ve Cumhuriyet savcılarının alabileceği denetimli serbestlik ve tedavi amaçlı gözlem altına alma kararına yönelik olan TCK m. 191'dir.

#### V. Kanun Yolu Mercilerinin Yasada Düzenlenmiş Olması ve Son Yasal Değişiklikler

**Kanun yollarının yasallığı**<sup>107</sup> kuralına, kanun yolunda *yetkili-görevli mercilerin yasada belirlenmiş olması* da dâhildir. Bu bağlamda da hangi kanun yolu için hangi mercie *başvuru yapılabileceği* ve hangi merciiin kanun yolları başvurusunu *inceleme yetkisinin* bulunduğu yasa içerisinde düzenlenmiş olmalıdır. Bu hükümler CMK ve 5235 s. Kanun içerisinde bulunmaktadır. Buna göre itirazda CMK m. 268; istinâfta CMK m. 273, 276, 277, 280; temyizde CMK m. 286 vd. ile; 5235 s. Kanun m. 25, 33, 37 uygulama bulacaktır.

Olağan kanun yolları başvurusu kural olarak **kararı veren makama** yapılır (*iudex a quo*), kanun yolunda denetlemeyi yapacak olan makama (*iudex ad quo*) yapılmaz. Bu bağlamda **istinâf** yoluna başvuru *hükmü veren mahkemeye* (CMK m. 273 I), **temyiz** istemi *hükmü veren mahkemeye* (CMK m. 291 I) yapılır. **İtiraz** istemi de aynı şekilde *kararı veren mercie verilir* (CMK m. 268 I). Bu merci itirazı *inceler* ve yerinde görürse *düzeltilir* (CMK m. 268 II)<sup>108</sup>. AlmCMK § 306'ya göre **itiraz** başvurusunun tıpkı CMK'da olduğu gibi itiraza konu olan mahkemeye yapılması gerekmektedir (AlmCMK § 306 I). Hâkimlik/mahkeme itirazı yerinde görürse bunun gere-

<sup>107</sup> Kanun yollarına ilişkin temel ilkelerin başında, **yasal dayanak zorunluluğu** gelmektedir. *Mevcut mevzuatta yer olması yer almayan bir yol, kanun yolu olarak kabul edilemez.* Krş. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 634; Kindhäuser, s. 344, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına da (BVerfGE 4, 71 vs.) bir kanun yolunun yasa metninde düzenlenmemiş olması hâlinde ne hukuk devleti ilkesinin ne de hak arama özgürlüğünü düzenleyen Alman Anayasası m. 19 IV'ün koruma sağlayabileceğine dikkat çekmektedir.

<sup>108</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 723, buna ön inceleme demektirler.

ğini yapar, aksi takdirde en geç 3 gün içinde itirazı “itiraz mahkemesine” göndermek zorundadır (AlmCMK § 306 II).

**İtirazı** incelemeye yetkili merciler, en son 18.06.2014 tarihinde 6545 s. Kanun’un 74. maddesi ile **sulh ceza hâkimliğine ilişkin bentlerde yapılan değişikliklerle**<sup>109</sup> birlikte CMK m. 268 III’te gösterilmişlerdir: **Sulh ceza**

<sup>109</sup> 6545 s. Kanun m. 48 ile sulh ceza mahkemelerine son verilerek, “**sulh ceza hâkimliği**” kurulmuştur. 5235 s. Kanun m. 10’a göre “ [...] **yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak**, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur”. Yapılan bu değişiklik özellikle Anayasa’nın yargı yetkisi başlıklı 9. maddesi ile bağdaşır nitelikte gözükmemektedir. Zirâ maddeye göre “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına **bağımsız mahkemelerce** kullanılır.” Bu anayasal emre göre **yargı yetkisinin kullanılması** kişi ya da kişilere değil, tersine bir makama, daha doğrusu bir ifade ile **organa aittir (bağımsız mahkemelere)**. Gerçekten de güçler ayrılığı ilkesini yaratan kuvvetlerden birisi, yargı organıdır. Yargı bir organ olarak görev ve yetkilerini, mahkemeler yoluyla icrâ eder. *Hâkimler bu yapıda mahkemeler adına görev alırlar*. Dolayısıyla hâkimler, mahkemeler teşkilatında önemli rol alan, mahkemeler adına hareket eden, bu sebeple de karar ve eylemleri *mahkemelere isnat edilen gerçek kişilerdir*. Mahkemeler ise bu teşkilâta *yargı yetkisini bizzat icrâ eden güçlerdir*. Bu bağlamda bir gerçek kişinin, organ kimliği kazanarak, yargı gücüne erişmesi, Anayasa’nın 9. maddesi karşısında mümkün değildir. Alman Anayasası’nın, Türk Anayasası’nın 9. maddesi ile karşılaştırılabilecek olan 92. Maddesi, hâkime yetkiyi *güvenmekten* bahsetmektedir: “Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern *anvertraut*; sie wird durch das *Bundesverfassungsgericht*, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen *Bundesgerichte* und durch die *Gerichte der Länder ausgeübt*.” Hükümde ayrı ayrı, yargı gücünün hâkimlere **emanet edildiği (güvenildiği)**; ancak bu yetkinin mahkemeler **yoluyla icrâ edileceği** vurgulanmıştır. **Morgenthaler (Epping/Hillgruber**, m. 92 satır no: 1), yargı yetkisinin hâkime güvenilmesi konusunda şuna dikkat çekmektedir: “Anayasa yargı yetkisinin sadece, halk adına *itimada dayalı, bağımsız olarak hareket edecek hâkimlere emanet edilmesi* yoluyla, Anayasa’nın hukuk devletinin esası olarak güvence altına almak istediği, yargının bağımsızlığına ve bütünlüğüne vurgu yaptığını” belirtmektedir. Özetlenecek olursa, yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimler sadece organ içerisinde faaliyet gösteren kişiler olup, yargı yetkisini yürüten yargı gücü mahkemedir. Bu vesileyle her ne kadar sulh ceza hâkimliğinin yargılamaya ilişkin görevi asliye ceza mahkemesine devredilmiş ve bunlara sadece **yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak**, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek yetkisi tanınmış olsa da, bunların da bir yargılama faaliyeti olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla yargı organı ve yargılama kişisi arasında ayırım yapılmayarak, yargılama icrâsının, yargılama görevine indirgenmesi,

***hâkimliği kararlarına yapılan itirazların*** incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak *kendisini izleyen hâkimliğe*; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki *sulh ceza hâkimliğine*; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki ***sulh ceza hâkimliğine aittir***. İtiraz üzerine *ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama* kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usûl uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini *reddeden* sulh ceza hâkimliği, *tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez*. ***Asliye ceza mahkemesi hâkimi*** tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ***ağır ceza mahkemesine*** ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen *daireye*; son numaralı daire için birinci *daireye*; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ***ağır ceza mahkemesine aittir***. ***Naip hâkim kararlarına*** yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ***ağır ceza mahkemesi*** başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir. ***Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin*** kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin ***esas mahkeme olarak baktıkları davalarda*** verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ***ceza dairesi***; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.

2014 yılında yapılan değişiklik öncesi sulh ceza hâkimliği kararlarına karşı asliye ceza mahkemeleri hâkimlikleri itirazı inceleme merci idi. Yeni düzenleme ile CMK m. 268 III a, b'ye göre itiraz üzerine sulh ceza hâkimliği kararlarının incelenmek üzere sulh ceza hâkimine gönderilmesinin Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına aykırı olup olmayacağı tartışılması gerekir.

---

yargı yetkisini yargı organı olarak bağımsız mahkemelerde gören, Anayasa'nın 9. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

### A. İki Dereceli Yargılanma Hakkı?

Kanun yolları ve kanun yolunda bir üst mercii tarafından inceleme yapılması, Türk Anayasası'nda bir temel hak olarak *doğrudan* düzenlenmemiştir. Yani iki dereceli bir yargılama sistemi konusunda anayasal bir zorunluluk bulunmamaktadır<sup>110</sup>. Bu alanda uluslararası mevzuat bakımından güvence yaratan düzenlemeler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (bundan sonra MSHUS) 14. maddesinin 5. fıkrası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesidir. MSHUS, Türkiye tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 4.6.2003 tarihinde kabul edilen 4868 sayılı Kanun ile onaylanarak 18.06.2003 tarihinde 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır<sup>111</sup>. 7 No'lu Protokol ise 14.03.1985 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış, ancak hâlen onaylanmamıştır<sup>112</sup>.

Anayasa m. 90 V'e göre "*Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar* kanun hükmünde" olacağından, bu şekilde yürürlüğe konulan MSHUS'ün artık Türk iç hukuku mevzuatı hâline geldiğinden şüphe yoktur. Ancak 7 No'lu Protokol imzalanmasına rağmen henüz onaylanmadığından, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş değildir. Bu nedenle 7 No'lu Protokol'ün Türk hukukunda etki doğurması hususu tartışmalı olsa da, Protokol'ü onaylamamış olmanın iki dereceli yargılanma hakkı bakımından bir kayıp yaratmadığını ifade etmek gerekir. Zirâ yukarıda anıldığı gibi, ceza davalarında *iki dereceli yargılama hakkı* (ya da temyiz hakkı) zaten Türkiye tarafından onaylanan MSHUS m. 14 V içerisinde normlaşmış ve Anayasa m. 90 IV gereği de Türk hukukunda hâlihazırda geçerlilik kazanmıştır. Buna ilaveten aşağıda ayrıntıları ele alınacak olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (bundan sonra AİHS) 6. maddesi ile *Anayasa'nın 36. maddesinde* yer alan *adil yargılama hakkının iki dereceli yargılama hakkını da içerdi-*

<sup>110</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 634.

<sup>111</sup> Türkiye Cumhuriyeti Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ni, beyanlar ve çekince ile onaylamıştır. Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618.htm#3>, erişim tarihi: 10 Eylül 2014.

<sup>112</sup> Ek 7 No'lu Protokol her ne kadar onaylanmamış olsa da *Türk* Anayasa Mahkemesi'ne (TAYM, 2012/1027, 12/2/2013) yapılan bir bireysel başvuruda Mahkeme tarafından dolaylı da olsa göz önünde bulundurulmuştur.



**ğini** belirtmek gerekir<sup>113</sup>. Bu vesileyle ceza davalarında iki dereceli yargılama hakkı, hem **adil yargılanma ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası eliyle** hem de **Anayasa m. 90 IV üzerinden MSHUS m. 14 V ve AİHS m. 6 eliyle** korunmaktadır.

### B. Adil Yargılama İlkesi Kapsamında İki Dereceli Yargılama

MSHUS'nin "*adil yargılanma hakkı*" başlıklı m. 14 V'e göre "Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkûmiyet ve cezanın yasalara uygun olarak *daha yüksek bir yargı organınca* yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 Numaralı Protokolü'nün 2. maddesine göre ise, "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır." [7 Numaralı Ek Protokol'ün 2. maddesi

<sup>113</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 312, 7 No'lu Protokol'ün *adil yargılama doktrinine yeni unsurlar getirdiğini* belirtmektedir; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 268 ayrıca "7 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesi bir yana, Sözleşme, taraf devletleri çok dereceli bir yargılama usûlü kabulüne mecbur kılmış değildir. Bununla beraber bir devlet istinâf ya da temyiz yargılamasını da öngörmüş ise, 6. madde hükmüne bu merciler önünde de -bunların kendilerine has yargılama özellikleri hesaba katılmak kaydıyla- riayet olunacaktır. Kabul gerekir ki ilk dereceyi izleyen sonraki yargılamaları da sanığın durumunu etkileyecektir ve kesinleşmemiş bir mahkûmiyet veya beraat kararının, nizayı çözüme bağladığı söylenemez."; benzer şekilde **Mole/Harby**, s. 16, adil yargılama hakkının aslında temyiz hakkını (kanun yollarına başvuru hakkı) tanımadığını, ancak taraf ülke yasal düzenlemelerde temyiz hakkı tanınacak olursa, bu hakların adil yargılama hakkı içerisinde ele alınarak, adil yargılama hakkı güvencesi içerisinde olacakları ifade etmektedirler; krş. aynı şekilde bkz. **İnceoğlu**, s. 117.

Her ne kadar Anayasa içerisinde somut bir şekilde herkesin kanun yoluna başvuru hakkı olduğunu belirtmese de CMK içerisinde yer alan kanun yollarına ilişkin düzenlemeler, bu hakkın Türkiye'de kabul edildiği anlamına gelir. **Dolayısıyla iki dereceli yargılanma hakkı, Türk hukukunda da adil yargılanma hakkı kapsamında korunma altındadır**; ayrıca Yargıtay da iki dereceli yargılanma hakkını adil yargılanma hakkına dâhil gördüğünü açıkça belirtmiştir. Bkz. **YCGK**, 2007/3-9, 2007/18, 30.1.2007, iç: Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi 11 Eylül 2014; bunlara ek olarak Türk ceza muhakemesi hukuku öğretisinde kanun yollarına başvuru bir hak olarak da kabul görmektedir. Bkz. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 634; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 320; **Yurtcan**, s. 1273; ayrıca bkz. **Ünver/Hakeri**, s. 376: "Bir yargılama makamının kararının yine başka bir yargılama organı tarafından yapılması, hem hukuk devleti hem de adil yargılama ilkesinin gereğidir."

sadece ceza davaları için iki dereceli bir yargılama yükümlülüğü getirmektedir.]<sup>114</sup>. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre ise “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

MSHUS m. 14 V “bir suçtan hüküm giyen herkes”in, 7 Numaralı Ek Protokol’ün 2. maddesi “suçtan mahkûm edilen her kişi”nin, “mahkûmiyet ya da ceza hükmünü” bir yüksek mercie taşıyabileceğini öngörmektedir. Şu hâlde Protokol bakımından iki dereceli yargılama, hem mahkûmiyet hükmü hem de sorumluluğun saptanması bağlamında söz konusu olmaktadır<sup>115</sup>. Tüm bunların istinâf ve temyiz kanun yolları bakımından söz konusu olduğundan şüphe yoktur. Ancak bunun, özellikle itiraz kanun yolu bakımından da söz konusu olup olmayacağının ortaya konması lâzımdır.

Anılan uluslararası düzenlemelerde geçen suçtan mahkûm edilen ve mahkûmiyet ya da ceza hükmü ifâdelerinin sadece istinâf ya da temyiz kanun yolu için geçerli olacağı, itiraza konu olan hâkim ve mahkeme kararları için geçerli olmayacağını iddia etmek yerinde olmayacaktır. Zirâ her bir karar (soruşturmada hâkimlik, kovuşturmada ara karar), mahkûmiyet hükmüne giden yolda -ister ona esas teşkil etsin ister etmesin- dolaylı ya da dolaysız bir katkı sağlamaktadır. Bunun dışında her ne kadar geçici olsalar da özellikle soruşturma safhasında verilen itiraza konu olan kararlar da, özgürlüğü kısıtlayıcı kararlardandır (mesela gözlem altına alma kararı CMK m. 74 IV, tutuklama kararı CMK m. 101 V). O nedenle özgürlüğü kısıtlayıcı kararın mahkûmiyet anlamında bir hüküm ya da tutuklama olarak verilmiş bir ara karar olmasının öneminin olmasa gerekir.

Netice olarak tespit etmek gerekir ki, iki dereceli yargılama hakkı sadece hükümler açısından değil, ayrıca hâkimlik kararları ve mahkemelerin ara kararları açısından da geçerlidir. Bu hâliyle itiraz kanun yolunda da iki dereceli bir yargılamanın öngörülmesi MSHUS m. 14 V’in, dolayısıyla da adil yargılanma hakkının korunması altındadır.

Şimdi ortaya konulması gereken husus, iki dereceli yargılamadan ne anlaşılması gerektiğidir. Kanun yoluna başvurunun doğasında ilgili kararı

<sup>114</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s. 312.

<sup>115</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s. 312.

**daha yüksek bir mahkemeye** inceletme yer almaktadır. Kanun yolu muhakemesinde bir üst makamın inceleme yapması, hukukî koruma ve güvenliği arttırarak, kararların daha kapsamlı ve ayrıntılı yeniden ele alınarak, *denetlenmesini* sağlar. Kararın denetlenmesi ise, kanun yolu inceleme *yetkisinin* yatay düzlemde gidilerek, derece olarak eşit mercilere verilmesi ile değil, dikey düzlemde üst mercilere verilmesi ile erişilebilir. Zirâ yatay düzlemdeki merci incelenmesi istenen kararı, ancak *gözden geçirebilir*; üst derece merci ise kararı *denetleyecektir*. Yani işin doğasında karar için görüş bildirilmesi değil, tersine kararın uzman gözüyle denetlenmesi bulunmaktadır.

Ancak CMK m. 268 III içerisinde öngörüldüğü üzere, aslında ağır ceza mahkemelerinin, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği ve itiraza konu olabilecek kararları bakımından da yatay düzlemde bir değerlendirme yapılması söz konusudur. Gerçekten de **ağır ceza mahkemesi** ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen *daireye*; son numaralı daire için birinci *daireye*; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın **ağır ceza mahkemesine; bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin** kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin **esas mahkeme olarak baktıkları davalarda** verdikleri kararlara yapılan *itirazlarda; üyenin kararını* görevli olduğu *dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını* numara itibarıyla izleyen *ceza dairesi*; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi *inceler*.

Yasal mevzuat içerisinde sulh hâkimliği, asliye ve ağır ceza mahkemeleri arasında astlık-üstlük ilişkisi ya da uzmanlığa bağlı bir derecelendirme olduğuna dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak özellikle sulh ceza ve asliye ceza mercileri tek hâkimli iken, bunların üstü mahkemelerde birden fazla hâkimin görev alıyor olması, uzmanlaşmayı arttırıcı ya da hata payını azaltıcı bir etmen olarak kabul edilebilir. O nedenle yukarıda anılan üst mahkemeler arasında yatay düzlemde itiraz incelemesi yapılabilmesi makul karşılanabilecekken, sulh ceza ve asliye ceza hâkimlikleri için aynıının söylenmesi mümkün olamayacaktır. Zirâ ikisi de tek hâkimlidir.

Alman hukukunda **itiraz mahkemeleri** denilen, itirazı incelemeye yetkili olan mahkemeler, Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'na (bundan sonra AlmMTK - Gerichtsverfassungsgesetz) göre tespit edilmektedirler.

**Kural olarak**<sup>116</sup>: *Asliye ceza mahkemelerinin, sulh ceza hâkiminin* ve heyet hâlindeki *asliye ceza mahkemesinin kararlarına karşı* yapılan itirazlar hakkında, *eyalet mahkemelerinin* ceza daireleri, (Türk hukukunda *ağır ceza mahkemelerine* denk gelebilecek) karar verir (AlmTMK m. 73). *Eyalet mahkemesinin karar ve tasarruflarına karşı yapılan itirazları, yüksek eyalet mahkemeleri* (Türk hukukunda *bölge adliye mahkemelerine* denk gelebilecek) inceler (AlmTMK m. 120 IV, 121 I 2). *Yüksek eyalet mahkemesi kararına ilişkin itirazları* ise, *Alman Federal Mahkemesi (Türk hukukunda Yargıtay)* karara bağlar (AlmTMK m. 135 II).

Görüldüğü üzere iki dereceli yargılama Alman hukukunda mutlak anlamda işletilmektedir. Zirâ *sulh ceza ve asliye ceza hâkimliği kararlarına itiraz doğrudan ağır ceza mahkemelerince karara bağlanmaktadır*. Eyalet mahkemeleri kural olarak 3 hâkimden oluştuğundan, bu hukukî güvenliği arttıran bir durumdur.

Adil yargılanma hakkı yalın bir *mahkemeye başvuru hakkı* içermez. Yani sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı itiraz kanun yolunun teorik olarak tanınması, bu hakkın fiilen de tanındığı anlamına gelmemektedir. Mahkemeye başvuru hakkının korunması için kişiye teorik değil, gerçek ve fiilen kullanılabilir, *etkili güvenceler* sağlanmalıdır<sup>117</sup>. Bu bağlamda “hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının da gerçekten, *fiilen ve etkili bir biçimde mevcut olması gerekmektedir.*”<sup>118</sup>. Dolayısıyla kanun üzerinde itiraz hakkı teorik anlamda tanınırken, bunun iki dereceli yargılamanın amacına uyacak şekilde etkin mekanizmalarla güçlendirilmesi gereklidir ki, kişinin hak arama hakkını sonuç alacak şekilde kullanabilmesi mümkün olabilsin.

Ayrıca sulh ceza hâkimliklerinin vereceği kararlarla müdahâle edebileceği hukukî değerler yelpazesi çok geniştir. *Gözlem altına alınma kararı* (CMK m. 74 IV), *tutuklama kararı* (CMK m. 101 V) ile sulh ceza hâkimlikleri, *kişi özgürlüğü* üzerinde; *beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına yönelik karar* (CMK m. 75 VI, m 76 V) ile *vücut bütünlüğü* üzerinde, *elkonulan eşyanın iadesi* isteminin hâkim tarafından *reddi kararı*

<sup>116</sup> Ayrıntılar için bkz. **Karlsruher** Kommentar, m. 309-Zabeck, satır no: 1.

<sup>117</sup> AİHS açısından değerlendirmeyeyle **İnceoğlu**, s. 116.

<sup>118</sup> **İnceoğlu**, s. 116.

(CMK m. 131 I) ile **malvarlığı** üzerinde kararlar vermektedirler. Özellikle **kişi özgürlüğü hakkı** üzerinde verilen kararlarla, son derece önemli bir hakka yönelik **ağır bir saldırıda** bulunmaktadır. **İtiraz kararlarının kesin olduğu CMK m. 271 hükmü de göz önünde bulundurulduğunda, hatalı bir kararlar doğacak zararlar, telâfisi güç hak kayıplarına yol açacaktır.**

**Saldırının ağırlığı ve doğacak zararın derecesi arttıkça, bu saldırıyı haklı çıkaracak sebeplerin de o derecede ağır nitelikte olması gerekmektedir.** Bu Anayasa'nın 13. maddesinin ve dolayısıyla **ölçülülük ilkesinin bir gereğidir.** Bu bağlamda **özgürlüklere saldırı arttıkça, korumanın da oranlı olarak arttırılması gerekir.** Bu nedenle sulh ceza hâkimliklerince verilecek özellikle **kişi özgürlüğünü sınırlayıcı kararlara itiraz bakımından daha koruyucu** mekanizmaların geliştirilmesi gerekmektedir. Bu da bu kararlara yapılacak itirazların yatay düzlemde başka bir sulh ceza hâkimliğince incelenmesi ile değil, tersine hata payını en aza indirecek, yine sadece bir kişiden değil, birden fazla kişiden oluşacak bir mahkemece incelenmesi de mümkün olacaktır. Bu bağlamda sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı itirazları inceleyecek merci, ne sulh ceza hâkimliği ne de asliye ceza mahkemesi; tersine **ağır ceza mahkemeleri olmalıdır.**

Açıklanan tüm bu gerekçelerle CMK m. 268 III a, b'ye göre itiraz üzerine sulh ceza hâkimliği kararlarının incelenmek üzere sulh ceza hâkimine gönderilmesi olumlu ve olumsuz tüm yanları ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına uygun bir düzenleme olduğunu söylemek mümkün değildir. Hukukî güvenlik hem maddî hem de şeklî anlamda sağlandığı vakit, adaletli bir yargılamaya duyulan güven pekiştirilmiş olacaktır. Bu bağlamda mevcut yasal düzenlemelerin mutlaka gözden geçirilmesi gerekmektedir.

## VI. İtiraz Kanun Yoluna Başvuru Konusu Yapılabilecek Kararlar

**Hâkim** kararları ile **kanunun gösterdiği** hâllerde **mahkeme kararlarına itiraz** (CMK m. 267-271) mümkündür<sup>119</sup>. Hâkim kararlarına itiraz **kural**, mahkeme kararlarına itiraz **istisnadır**<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> Mülga Kanun zamanında tartışmalı olan Kanun m. 297'de geçen “ [...] hâkimin duruşmaya ilişkin olmayan kararları aleyhine itiraz olunabilir” hükmüne, mevcut CMK içerisinde yer verilmemiştir.

Mahkeme kararlarından farklı olarak kural olarak (zirâ m. 28, 42 ve 271 itiraz edilemez) *tüm hâkimlik kararlarına kanunda bir sarahate ihtiyaç duyulmadan ya da aksi belirtilmedikçe itiraz edilebilir*<sup>121</sup>. Ancak mahkeme kararlarına itiraz için kanunda açık bir düzenleme (meselâ CMK m. 5 II, 101 V) olması gerekir<sup>122</sup>.

Sulh ceza hâkimliği, asliye ceza hâkimliği, ağır ceza mahkemesi başkanlığı, istinabe olunan hâkimlik, infâz hâkimliği ve naiplik gibi çeşitleri olan hâkimliklerce verilebilecek kararlar hâkim kararlarıdır. **Soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimliği tarafından verilen kararlar hâkimlik kararı** olacaktır<sup>123</sup>. **Kovuşturma aşamasında** da hâkimlik kararı söz konusu olabilir. Bunlar mahkeme toplu olsaydı başkanın veya naip hâkimin vermesi icap eden kararlardır<sup>124</sup>. Bu durumda talî ceza uyumsuzluğunu çözecek makam yasada mahkeme olarak değil, hâkim veya başkan olarak ifade edilmişse bu konuda verilecek kararlar da hâkimlik kararı olacaktır<sup>125</sup>. Kararı hâkimlik kararı olarak geçecek olan makam, belirli koşullarda Yargıtay dahi olabilir<sup>126</sup>. İtiraz edilebilecek hâkimlik kararlarından bazıları şunlardır: CMK m. 60 I, II, IV<sup>127</sup>, m. 74 IV<sup>128</sup>, m. 75 VI, m. 76 V, m. 101 V<sup>129</sup>, m. 104 II, m. 105 I, m. 111 II<sup>130</sup>, m. 271 IV<sup>131</sup>.

<sup>120</sup> Centel/Zafer, s. 743; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1324, 1326; Toroslu/Feyzioğlu, s. 329; Soyaslan, s. 527; Öztürk/Tezcan/Ertem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 662.

<sup>121</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1324; Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 410; Soyaslan, s. 526.

<sup>122</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 722; Centel/Zafer, s. 743; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326; Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 410; Soyaslan, s. 527.

<sup>123</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523; Özen, s. 98.

<sup>124</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523.

<sup>125</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523.

<sup>126</sup> **Yargıtay Kanunu** kişisel ve görevle ilgili suçlarla ilgili inceleme, soruşturma ve kovuşturmalara ilişkin 46. maddesine göre Birinci Başkanlık Kurulu kendisine intikal eden veya ettirilen ihbar ve şikâyetleri inceleyerek soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte gördüğü takdirde, ilk soruşturma yapılması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı sorgu hâkiminin yetkisini haiz olup Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununun ilk soruşturmaya ait hükümlerini uygular. Vereceği tutuklama ve tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ait kararları Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile tekemmül eder.

<sup>127</sup> Özen, s. 98, 99.

Ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir (5235 s. Kanun m. 8). Asliye ceza mahkemeleri tek hâkimli (5235 s. Kanun m. 9 III), ağır ceza mahkemeleri ise heyet hâlinde çalışan toplu mahkemelerdir (5235 s. Kanun m. 9 III). Bu nitelikteki kararlar mahkemeyi oluşturan tek hâkim tarafından verilmiş olsa bile *mahkeme kararı niteliğindedir*<sup>132</sup>. **Mahkemelerin kararları, son karar (hüküm) ve ara karar** şeklinde olabilir. Aslında mahkemelerin bütün kararları psikolojik olarak hüküm olmakla birlikte, *mahkemenin uyuşmazlığı doğrudan çözen kararı*<sup>133</sup>, ceza davasına son veren veya davanın esasını çözen kararı **son karar** yani **hüküm** (CMK m. 309)<sup>134</sup>; son kararı hazırlayıcı kararlar da **ara kararlardır**<sup>135</sup>. *Hüküm*, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararlarıdır<sup>136</sup>. CMK, **hükme** karşı istinâf (CMK m. 272 I) ve temyiz (CMK m. 286) kanun yolundan bahsetmektedir. Dolayısıyla **hükme karşı itiraz mümkün olamaz**<sup>137</sup>. **Ara kararlar** da hükme esas teşkil edip etmemelerine göre ikiye ayrılmaktadır<sup>138</sup>: **Hükme esas teşkil eden ara kararlar**, hükmün çıkması ile bağlantısı olan ve onu yaratan, CMK m. 287 gereği **hükümle birlikte temyiz olunabilen** kararlardır<sup>139</sup>. Mesela hâkimin reddi veya yetkisizlik davalarının reddi kararı, tanığın dinlenmesi isteğinin reddi kararı vs.<sup>140</sup>. Bunlar hükümle birlikte temyiz edilebileceği için, ayrıca

<sup>128</sup> Özen, s. 99.

<sup>129</sup> Özen, s. 100.

<sup>130</sup> Özen, s. 101.

<sup>131</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 329.

<sup>132</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 508.

<sup>133</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 303; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 508.

<sup>134</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 509.

<sup>135</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 509.

<sup>136</sup> Balcı, s. 247; Toroslu/Feyzioğlu, s. 303.

<sup>137</sup> Krş. Özen, s. 91; Centel/Zafer, s. 743; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1324; ancak ara karar olup da, itiraza değil tam tersine *temyize* konu olabilecek kararlar da vardır. TCK m. 18 IV anlamında geri vermeye ilişkin kararlar temyiz edilebilir.

<sup>138</sup> Ayrıntılar için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 525.

<sup>139</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326.

<sup>140</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 525.

itirazlarına gerek görülmemiştir<sup>141</sup>. *Hükme esas teşkil etmeyen ara kararlar* ise, hükümlerle bağlantısı bulunmayan, onu yaratmayan, aleyhine temyizden mümkün olmadığı, kural olarak da itirazın kabul edilmediği mahkeme kararlarıdır<sup>142</sup>. Keşif kararı, bilirkişi incelemesi kararı bunlardandır. *Tutuklama kararında olduğu gibi istisnaların kanunda açıkça gösterilmesi gerekir*<sup>143</sup>.

CMK m. 267'de açık bir şekilde, “kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir” dediğinden *Kanun’un gösterdiği hâllerde* ilgili mahkeme kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceğinin norma bağlanmış olması gerekir. CMK’da anılan itiraza konu olabilecek mahkeme kararlarından bazıları şunlardır: CMK m. 5 II<sup>144</sup>, m. 18 III<sup>145</sup>, m. 28 I<sup>146</sup>, m. 31 III<sup>147</sup>, m. 42 II<sup>148</sup>, m. 60 IV<sup>149</sup>, m. 143 I, m. 151 IV<sup>150</sup>, m. 174 V<sup>151</sup>, m. 223 VIII<sup>152</sup>, m. 231 VII<sup>153</sup>, m. 248 VIII<sup>154</sup>, m. 276 II<sup>155</sup>, m. 296 II<sup>156</sup>, m. 319 III, m. 321 III<sup>157</sup>. *Ayrıca soruşturma aşamasında hâkim kararı teşkil edebilecek bazı kararlar kovuşturma aşamasında mahkeme kararı olacaklardır*: CMK m. 74 IV, m. 75 VI, m. 76 V, m. 101 V, m. 104 II, 105 I, m. 111 II, m. 131 I, m. 248 VIII.

<sup>141</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326.

<sup>142</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1326.

<sup>143</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 509.

<sup>144</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523; Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411; Soyaslan, s. 528.

<sup>145</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 523; Ünver/Hakeri, s. 411; Soyaslan, s. 528.

<sup>146</sup> Ünver/Hakeri, s. 411.

<sup>147</sup> Ünver/Hakeri, s. 411; Soyaslan, s. 527.

<sup>148</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Soyaslan, s. 527.

<sup>149</sup> Ünver/Hakeri, s. 411.

<sup>150</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411.

<sup>151</sup> Ünver/Hakeri, s. 411.

<sup>152</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411.

<sup>153</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 330.

<sup>154</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411.

<sup>155</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 330.

<sup>156</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Soyaslan, s. 528.

<sup>157</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s. 330; Ünver/Hakeri, s. 411; Soyaslan, s. 528.



### A. Cumhuriyet Savcısının Kararına İtiraz?

CMK m. 267 içerisinde *sadece* “hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde mahkeme kararları”na karşı “*itiraz yoluna*” gidilebileceği düzenlemiş, ancak Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı ayrıca *itiraz yolunun* açık olduğu öngörülmüştür. Mesela *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* (CMK m. 171 II yollamasıyla 173 I) ve *kovuşturmaya yer olmadığına dair karara* karşı (CMK m. 173 I) *itiraz kanun yoluna* gidilebilir. CMK içerisinde yapılan bu istisna savcılık kararlarına itirazın *doğasını* tartışmalı hâle getirmiştir.

#### 1. Savcılık Kararına İtiraz, Klasik Anlamda İtiraz Kanun Yolu Mudur?

Savcılık kararına itiraz, klasik anlamda itiraz kanun yolu mudur sorusuna öğretilen farklı yanıtlar gelmektedir. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*<sup>158</sup> kanun yolunun *yargılama makamlarına* karşı olduğunu belirterek, Kanun’da itiraz denilmesini *hatalı* bulmaktadırlar. Zirâ yazarlara göre kanun yolu davası açmak için önce başka bir davanın açılmış olması gerekir. Savcılık kovuşturamama kararına başvurusu kanun yolu davası değildir. *Şahin/Göktürk*<sup>159</sup> *sadece yargılama makamının kararlarına karşı kanun yoluna gidilebileceğini*, savcılık makamının kararları hakkında Kanun’da (CMK m. 173) açıkça itiraz yazsa dahi, bunun kanun yolu olarak *nitelendirilemeyeceğini* savunmaktadırlar. Bunların emir ve kararları da denetlenebilir ancak kanun yolu denetimi *sadece yargılama makamı* kararları için mümkün olabilir. *Toroslu/Feyzioğlu*’na<sup>160</sup> göre “kanun yolu şeklindeki hukukî çare, sadece *yargılama makamlarının kararlarına karşı* kabul edilmiştir. Bu nedenle savcının kovuşturamama kararına karşı yargılama makamına yapılan başvuru, kanunun itiraz demesine rağmen, bu kanun yolu değildir.” *Soyaslan*<sup>161</sup> Cumhuriyet savcısının *yargıç olmadığı* için onun verdiği kararlara itiraz edilmesinin kanun yolu sayılmayacağını belirtmektedir. *Öztürk/*

<sup>158</sup> *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, s. 1304, 1327.

<sup>159</sup> *Şahin/Göktürk*, s. 211.

<sup>160</sup> *Toroslu/Feyzioğlu*, s. 319.

<sup>161</sup> *Soyaslan*, s. 527.

*Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden*<sup>162</sup> her ne kadar CMK m. 173'te Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz edilebileceğinden söz edilmiş ise de, bu deyim *teknik anlamda itiraz karşılığında kullanılmadığını* ifâde etmektedirler. *Aydın*'a<sup>163</sup> göre ise itiraz olarak adlandırılmış olsa da burada söz konusu olan *tali dava* bir kanun yolu başvurusu değildir. "*Hukukî çare* olarak da ifâde edilen bu durum, [...] 'kanun yolu' kavramı *dışında kalan başvuru imkânlarını* ifâde etmektedir."<sup>164</sup>

*Özen*'e<sup>165</sup> göre ise Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı yapılan *itiraz, itiraz kanun yoludur*. Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı yargılama makamı değil, iddia makamının kararı olsa da itiraz kanun yolu denetleme süreci hem savcı kararı hem de hâkim kararı açısından aynıdır. Yazar, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın tarafların menfaatlerini ihlal etme bakımından yargılama makamının verdiği kararlardan farklı olmadığına, aralarındaki tek farkın birinin yargılama makamı diğerinin ise iddia makamı tarafından verildiğine dikkat çekmektedir. *Ünver/Hakeri*<sup>166</sup> ise CMK m. 260 II'ye atıfta bulunarak savcılara itirazda bulunma yetkisinin tanındığını belirtmektedirler.

AlmCMK § 304, ilk derece merci tüm mahkeme kararlarına ya da istinâf muhakemesinde verilen ara kararlara ve mahkeme başkanının ve soruşturma hâkiminin tasarruflarına ve görevlendirilen hâkim kararlarına karşı itirazın Kanun tersini açıkça belirtmediği sürece yapılabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla madde içerisinde Türk hukukunda olduğu gibi savcılık kararlarına yer verilmemiştir. *Kindhäuser*<sup>167</sup>, savcılık kararlarının mahkeme ya da hâkim kararı olmadığından bahisle, bunlara karşı itirazın, kanun yolu itirazı anlamına gelmediğini kabul etmektedir.

<sup>162</sup> *Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden*, s. 663.

<sup>163</sup> *Aydın*, TBBD 2006, 61 (62).

<sup>164</sup> *Aydın*, TBBD 2006, 61 (62).

<sup>165</sup> *Özen*, s. 187.

<sup>166</sup> *Ünver/Hakeri*, s. 387.

<sup>167</sup> *Kindhäuser*, s. 384.

Gerçekten de CMK m. 267 *sadece* hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde mahkeme kararlarına karşı *itiraz yoluna* gidilebileceği normunu getirmiştir. Ancak savcılık kararlarına karşı öngörülen itiraz yolu, klasik anlamda kanun yolu olmasa da, bu yol hükümlerinin uygulandığı, ***istisnaî bir hak arama yoludur***. Dolayısıyla burada Kanun'un bizzat kendisinin, klasik kanun yolları bakımından, istisnaî bir düzenlemeye gittiğini söylemek hatalı olmayacaktır. *Kamu davasının açılmasının ertelenmesi* (CMK m. 171 II yollamasıyla 173 I) ve *kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara* karşı (CMK m. 173 I) *itiraz kanun yoluna* gidilebilecek olunması bu istisnalara örnek teşkil etmektedirler. Bu gibi durumlarda belirleyici olan getirilen istisnanın mevcut hukukî düzenlemelere ve kurallara uygun olmasıdır. Cumhuriyet savcılarının kararlarına karşı bir ek koruma getirilerek, itiraz kanun yolunun açılması, hak arama özgürlüğünün korunmasına hizmet eden, meşru bir düzenlemedir. Hâkim/mahkeme kararları yanında, ayrıca savcılık makamı kararlarına istisnaî olarak itiraz hakkı tanınması, başvuru kanun yolunu itiraz kanun yolu olmaktan çıkarmasa gerektir. Bu istisna, *yürütmenin bir organı* olan savcılık makamının, aynı zamanda ***adaletle alâkali, adalete hizmet eden bir merci*** olarak görüldüğünün de bir göstergesidir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171 II yollamasıyla 173 I) ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı (CMK m. 173 I) kanun yolu anlamında itiraza başvurulduğu tespit edildikten sonra, TCK m. 191 II bağlamında *kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının* tartışılması gerekir.

## **2. Cumhuriyet Savcısının TCK m. 191 II Gereği Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ile Birlikte Denetimli Serbestlik ve Gözlem Altına Alma Kararı Vermesi**

18.6.2014 tarihinde 6545 s. Kanun m. 68 eliyle değiştirilen “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma” başlıklı TCK m. 191 II içerisinde özel bir erteleme hükmü düzenlenmiştir. “Bu suçtan dolayı başlatılan *soruşturmada* şüpheli hakkında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171'inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle ***kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir.***”

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre “Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgarî bir yıl süreyle *denetimli serbestlik tedbiri uygulanır*. Bu süre *Cumhuriyet savcısının kararı* ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. *Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabî tutulabilir.*” Dokuzuncu fıkraya göre ise “Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, *Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171. maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümleri uygulanır.*”

Savcının *kamu davasının açılmasını ertelenmesi* kurumu Türk ceza yargılaması hukukuna yabancı değildir. Buna ilişkin bir düzenleme zaten CMK m. 171 içerisinde öngörülmüştür. Daha önce hiçbir uygulamasının olmadığı durum, TCK m. 191 ile *denetimli serbestlik ve gözlem altına alma güvenlik tedbiri kararının da savcılık tarafından alınabilecek olmasıdır*. Gerçekten de madde metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde, savcının kamu davası açılmasının ertelenmesi kararı verirken aynı zamanda denetimli serbestlik kararı da verebileceği, hatta bu kararın yanında ilgili hakkında gözlem altına alma güvenlik tedbiri kararı da alabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak savcılığa böyle bir yetkinin tanınması mevcut yasal düzenlemeler ve anayasa bakımından oldukça derin bir tartışma yaratacaktır. Bu bağlamda aşağıda genel olarak denetimli serbestlik ile güvenlik tedbiri kararları hususunda şimdiye dek uygulanagelen mevcut hukukî durum ortaya konulacak, arkasından yeni düzenlemenin bunlarla uyumluluğu, hukukîlik ve anayasallık bakımından ele alınacaktır.

### 3. Denetimli Serbestlik ve Güvenlik Tedbiri Kararında Yetki

Denetimli serbestlik, hapis cezası dışında alternatif yaptırıma mahkûm edilen, koşullu salıverilen, cezası tamamen ya da kısmen ertelenen veya şartlı cezaya mahkûm edilen kişilerin düzenli olarak, belirli merkezlerde, denetim, gözetim veya tedaviye tabii tutularak belirlenen yaptırımların uygulanmasıdır<sup>168</sup>. Müstakil bir yaptırım türü olarak öngörülmemiş olan denetimli

<sup>168</sup> Demirbaş, s. 553.

serbestlik tedbiri, hapis cezasının veya belirli güvenlik tedbirinin infâzı sürecinde bu yaptırımları tamamlayan bir kurum niteliği taşımaktadır<sup>169</sup>. Buna öğretide<sup>170</sup> **denetimli serbestlik tedbirinin tamamlayıcı özelliği** denilmektedir. Sanıkla ilgili olarak hakkında cezaya hükmedilmeden önce veya kurulmuş hükmün açıklanmasından önce, denetimli serbestlik kararı verilebilmekte ve böylelikle de sanığın topluma intibak edebilmesine ve yükümlülükleri yerini getirebilmesine katkı sağlanmaktadır<sup>171</sup>. **Özgürlük tamamen ortadan kaldırılmak yerine kısıtlanmaktadır**<sup>172</sup>. Öğretide<sup>173</sup> denetimli serbestlik tedbirine **sadece mahkemece karar verilebileceği, Cumhuriyet savcılarının böyle bir karar veremeyeceği açıkça belirtilmektedir**. Denetimli serbestlik tedbiri kararı verilmesine ilişkin hükümler (meselâ TCK m. 50, 51, 221, CMK m. 231, CGTK m. 105, 107, 108 vs.)<sup>174</sup> gereği **sadece mahkemeler karara yetkilidir. Özgenç**<sup>175</sup> eski TCK m. 191 II ve VI düzenlemesi bakımından da sadece **mahkemelerin** denetimli serbestlik kararı verebileceği belirtilmektedir. Yargıtay<sup>176</sup> uygulamaları da bu yönde idi.

“**Güvenlik tedbiri**, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır.”<sup>177</sup> Güvenlik tedbiri fiil ve failden kaynaklanması muhtemel tehlikeliliğin önlenmesi, failin eğitilmesi, koruma altına alınması ta da tedavi edilmesi amacına hizmet etmektedir<sup>178</sup>. Öğretide, güvenlik tedbirinin uygulanması için her zaman bir mahkeme

<sup>169</sup> Özgenç, s. 798; Balcı, s. 338.

<sup>170</sup> Özgenç, s. 798; Balcı, s. 338.

<sup>171</sup> Özgenç, s. 798; ayrıca kurumun diğer işlevleri konusunda bkz. Demirbaş, s. 553.

<sup>172</sup> Demirbaş, s. 554.

<sup>173</sup> Özgenç, s. 798.

<sup>174</sup> Özgenç, s. 799, 800; Balcı, s. 338.

<sup>175</sup> Özgenç, s. 799.

<sup>176</sup> Bkz. son olarak YCGK 2012/10-534, 2013/15, 22.1.2013, iç: Kazancı Hukuk Arama Motoru: <http://66.221.165.113/cgi-bin/ara.cgi>, erişim tarihi 10 Eylül 2014.

<sup>177</sup> Özgenç, s. 741; güvenlik tedbirlerinin amacı ve nitelikleri konusunda ayrıntılı bkz. Özbek/Kanbur, Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 599; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 851.

<sup>178</sup> Özbek, s. 342; krş. ayrıca Özgenç, s. 741; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 851, 852.

kararına ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir<sup>179</sup>. Bunlardan biri kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyete bağlı kanunî sonuç olarak TCK m. 53 I gereği uygulanan yoksunluk kararıdır<sup>180</sup>. Öğretideki baskın fikre<sup>181</sup> göre bu durumda mahkeme veya hâkim tarafından verilmiş bir karara gerek yoktur. Aslında burada, *bu hükmün sonuç doğurması için mahkemenin ayrıca bir karar vermesi* gerekli değildir<sup>182</sup>. Zirâ TCK m. 53'ün uygulanabilmesi için bir *mahkûmiyet hükmüne ihtiyaç* vardır, dolayısıyla zaten böyle bir hüküm olmadan belli hakları kullanmadan yoksun bırakma tedbiri de *uygulanamayacaktır*<sup>183</sup>. **Özgenç**'e<sup>184</sup> göre “Aynı şekilde, *koşullu salıverilen hükümlü hâkim veya mahkeme kararına gerek olmaksızın, denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbirine tabii tutulmaktadır* (5275 s. Kanun m. 107 VII, VIII, IX).”<sup>185</sup>. Ancak burada da 5275 s. Kanun m. 107 XI gereği bir hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında mahkeme karar verecektir. Mahkeme bu kararı verirken, 5275 s. Kanun m. 107 X içerisinde kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak gereğinde koşullu salıverileni “denetimli serbestlik tedbirine” tabii tutabilir<sup>186</sup>. Bu son iki durum için de ön kararların daima bir mahkeme kararı olacağı ortadadır. Dolayısıyla ***şu an için ceza yargılaması hukukunda hâkim ve mahkemeler dışında mercilerce güvenlik tedbirine hükmedilemeyeceği sabittir.***

<sup>179</sup> **Özgenç**, s. 743; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 856.

<sup>180</sup> **Özgenç**, s. 744.

<sup>181</sup> **Özgenç**, s. 744; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 861 “hak yoksunluklarının geçerliliği mahkemenin ayrıca hükümde tedbiri göstermesine bağlı değildir. Diğer bir anlatımla, şartların varlığı hâlinde hükümde gösterilmeyen hak yoksunlukları hüküm ifade eder. Mahkeme kararında tedbirin gösterilmemesi hükümlüye kazanılmış hak bahsetmez”; **Demirbaş**, s. 539 “Hak yoksunluğu, hapis cezasına mahkûmiyetin yasal bir sonucu olarak “kendiliğinden” ortaya çıkar; ayrıca kararda gösterilmesi gerekmez. Bu nedenle de kararda gösterilmemiş olması, hükümlü açısından kazanılmış hak oluşturmaz.”

<sup>182</sup> **Özbek/Kanbur, Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 602.

<sup>183</sup> **Özbek/Kanbur, Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 603.

<sup>184</sup> **Özgenç**, s. 744.

<sup>185</sup> **Özgenç**, s. 744.

<sup>186</sup> Bkz. ayrıntılı **Özbek**, s. 320 dev.; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 742; **Demirbaş**, s. 565, koşullu salıverme ile birlikte uygulanan denetimli serbestlikten bahsetmekte: “Koşullu salıverilen ve bir denetimli serbestlik ve tadm tedbirine tabii tutulan hükümlüye ait ilâm [...]”.

#### 4. TCK m. 191 II ve III'ün Anayasaya Aykırılığı Sorunu?

1982 Anayasası “Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19. maddeye göre “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir [...] **Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi** [...] hâlleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” Ayrıca Türk Ceza Kanunu içerisinde öngörülmüş olan ceza ilişkin temel ilkeler güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. TCK m. 3 gereği “Suç işleyen kişi hakkında **işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.**” Dolayısıyla tıpkı cezalarda olduğu gibi güvenlik tedbirlerinde de **kanunilik ilkesi, kusur ve ölçülülük ilkesi geçerlidir.** Ceza hukukunda önemli yargılama araçlarından olan **bu ilke emir ve gereklerine uygun kararları, ancak tarafsız bir yargı organı verebilir.** Tüm bu hükümler göz önünde bulundurulduğunda, özgürlüklerin kısıtlanmasıyla doğrudan alâkalı güvenlik tedbiri kararı verme yetkisinin, tarafsız bir yargılama makamı olan **mahkemeler dışında başka bir kuruma aktarılması** mümkün değildir.

Bunlara ek olarak Anayasa'nın 38. maddesi “**İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.**” emri vermektedir. Türk ceza yargılaması öğretisinde baskın görüş<sup>187</sup> savcılığın **yürütme**

<sup>187</sup> Donay, s. 63; Yurtcan, s. 140 dev.; Toroslu/Fevzioğlu, s. 116; Ünver/Hakeri, s. 199; Kunter, s. 390, 391; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 302; Centel/Zafer, s. 106; Savcılığın işlemlerini yürütme işlemi olarak gören görüşe içeriksel olarak denk gelen, **savcılığı adalete ilişkin idarî bir kurum** olarak kabul eden görüşe (Centel/Zafer, s. 106) ise savcılığın yürüttüğü faaliyet **adalete ilişkin** bir faaliyettir. Savcılık ceza yargılamasında toplumsal iddiâ makamını işgal etmek ve yasaların uygulanmasını denetlemek suretiyle **adalete ilişkin yetkileri kullanmakta ve bu anlamda bir adalet organı** olmaktadır. Bu bağlamda savcı da hâkim yanında ve onunla birlikte **adaleti gerçekleştirmeye çalışan bir sùjedir.** Anayasa m. 138, 145 yargılama yetkisini hâkim ve mahkemelere tanıdığından savcılık **yargı organı olarak değerlendirilemez. Savcılığın görevini adalete ilişkin idarî bir görev** olarak kabul etmek gerekmektedir; memur yargılamasında izin şartının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiâsıyla (yargı yetkisinin mahkemeler dışındaki organlarca kullanılamayacağı gerekçesiyle) yapılan anayasal yargılamada Anayasa Mahkemesi de **savcılığın soruşturma faaliyetlerini yargı yetkisini kullanma** olarak kabul **etmemiştir.** TCAYM, 27.02.1992-26/11, RG 23.11.1992 No: 21414, s. 21-34 (30): “Yönetmelik organlar tarafından yürütülen soruşturma ‘yargı yetkisine’ bağlanamaz. Adı ne olursa olsun salt soruşturma, yargı yetkisini kullanma sayılmaz. Soruşturma ile ilgili kuralar yargı yetkisini kullanma biçiminde yorumlanamaz.”

*organı içerisinde* olduğu ve savcının görevinin *idarî nitelikte*<sup>188</sup> olduğu yönündedir. Vereceği kararlar idarî nitelikte olacak savcının *kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım (güvenlik tedbiri olarak tedavi altına aldırma ya da denetimli serbestlik) uygulaması* anayasal açıdan mümkün olamayacaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin tam olarak korunması, kısıtlamaya ilişkin kararların yargılama makamı olan *tarafsız mahkemelerce yerine getirilmesi* ile mümkündür ve Türk ceza yargılaması hukuku bunun üzerine inşa edilmiştir. Savcılığa soruşturma evresinde *sınırlı ölçüde sadece acil durumlarda karar alma hakkı* tanınmış, aldıkları koruma tedbiri kararlarının da *hâkim onayına sunulması* şartı getirilmiştir. Dolayısıyla TCK m. 191 gereği mahkemeye değil savcılığa karar verme yetkisinin tanınması, *CMK ruhuna, sistematiğe ve temel haklara saygılı devlet ilkesi gereği ve idarenin özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırım uygulaması yasağı gereği anayasaya aykırıdır*. O nedenle kanun maddesinin tüm bu belirsizlikleri ortadan kaldıracak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Cumhuriyet savcısına denetimli serbestlik kararı alma, bunu uzatma, TCK m. 57 VII içerisinde öngörülen alkol ve uyuşturucu madde bağımlısı kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulama yönünde yetki veren TCK m. 191 III hükmü Anayasa'ya aykırı olsa da, bu aykırılık ortadan kaldırılıncaya kadar alınabilecek tedbir kararına karşı, nasıl bir hukukî bir yol izleneceğinin ortaya konulması lâzımdır.

### 5. TCK m. 191 Kapsamında İtiraz Kanun Yolu

*TCK m. 191 kapsamında verilen Cumhuriyet savcısı kararlarına karşı itiraz kanun yoluna* gidilebilir. Cumhuriyet savcılığı denetimli serbestlik ve gözlem altına alma güvenlik tedbiri kararını, *kamu davasının açılmasının ertelenmesine* ilişkin kararıyla *birlikte* verecektir. Bu karara karşı itiraz hakkında TCK m. 191 IX gereği, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171. maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümleri uygulanana-*

<sup>188</sup> **Toroslu/Fevzioglu**, s. 116; **Kunter**, s. 390; 391; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 302; **Ünver/Hakeri**, s. 199.



*caktır.* Bu durumda itiraza ilişkin ayrıntıların, CMK m. 171 *ve* 231 hükümleri ***birlikte değerlendirilerek***, ancak bir çatışma olması hâlinde içlerinde ceza muhakemesi hukuku temel ilkeleri ve taraf hak ve özgürlükleri göz önünde bulundurularak, ***en uygun*** düzenlemeye öncelik verilecektir.

CMK m. 171 II sadece ***suçtan zarar görenin*** itirazda bulunabileceğini belirtmektedir. CMK m. 231 içerisinde ise kimin itiraz edebileceği açıkça öngörülmediğinden, burada ***Genel Hükümler (CMK m. 260-266) geçerli*** olacaktır. Böylelikle CMK m. 260 I gereği *Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar, CMK m. 261 gereği müdafii ve vekil, CMK m. 262 gereği yasal temsilci ve eş* itiraz kanun yoluna başvurabilir. Şu hâlde CMK m. 260 I, 261, 262 ve 171 II birlikte değerlendirildiğinde, burada geçen tüm hak sahiplerinin itirazda bulunması mümkün olmalıdır.

CMK m. 173 I gereği, suçtan zarar gören erteleme kararına itirazını, *bu kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde*, kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine yapılabilir. İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir (CMK m. 173 II). CMK m. 268 I gereği ise “hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, ***kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde*** 35’inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren *yedi gün içinde* kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır.” Süre bakımından CMK m. 173 I *lex specialis*, CMK m. 268 I ise *lex generalis* olduğundan, *lex specialis derogat legi generali* kuralı gereği, CMK m. 268 I, CMK m. 173 I karşısında geriye çekilmelidir. Bu durumda TCK m. 191’e dayanılarak verilen kamu davasının erteleme kararına [ve bununla birlikte verilecek denetimli serbestlik ve gözlem altına alma kararına] karşı yapılacak itirazlarda süre, CMK m. 35 gereği kararın tebliğinden itibaren 15 gündür (CMK m. 173 I).

İtiraz incelemesi konusunda CMK m. 173 gereği sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve

dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir (CMK m. 173 III). Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir (CMK m. 173 IV). İtirazın reddedilmesi hâlinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan sulh ceza hâkimliğinin bu hususta karar vermesine bağlıdır (CMK m. 173 VI). CMK m. 173 V Cumhuriyet savcısının kamu davasının *açılmaması* kararı ile alâkalı olduğundan, kamu davası açılmasının ertelenmesi ile ilgili olarak devreye girmeyecektir.

TCK m. 191 II içerisinde geçen, *CMK'nın 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın* ibaresiyle kastedilen koşullar, CMK m. 171 III içerisinde anılan şartlardır. Aksi yorum TCK m. 171'in tamamıyla devre dışı bırakılması anlamı taşıyacaktır ki herhâlde *normun ratio legisi* bu değildir. Bu durumda TCK m. 191 gereği şüpheli hakkında CMK m. 171 III içerisinde anılan *şartlar*<sup>189</sup> aranmaksızın, beş yıl süreyle *kamu davasının açılmasının ertelenmesine* karar verilir.

## SONUÇ

İtiraz kanun yolu, kanun yolu yargılamasında diğer kanun yollarından net bir şekilde ayrılmasını sağlayacak *kendine has özellikleri* olan *kendine özgü*<sup>190</sup> bir yargılama kurumudur. Bu yanıyla itiraz kanun yolu, diğer kanun yollarından ayrı bir alanda daima tartışma konusu yaratacaktır.

Mevcut çalışma ile itiraz kanun yoluna ilişkin önemli tartışmalara değinilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda en önemli konuları, 2014 yasa değişiklikleriyle gerçekleştirilen, itiraz kanun yolunu doğrudan ilgilendiren hususlar oluşturmaktadır. Özellikle iki dereceli yargılanma hakkının daha da

<sup>189</sup> Bu şartlar *uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı olmakla* birlikte, şüphelinin daha önce *kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması*, kamu davası açılmasının ertelenmesi hâlinde şüphelinin suç işlemekten *çekineceği kanaatini* oluşması, kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından *daha yararlı olması*, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle *tamamen giderilmesidir*.

<sup>190</sup> *Centel/Zafer*, s. 743, itirazın bir kanun yolu olarak *sui generis* olduğunu belirtmektedirler.

güçlendirilmesi, yargılama yetkisinin hâkimliğe değil, mahkemelere ait olduğunun vurgulanması, yargılama nesnesi değil, öznesi olarak sanık/şüpheli irâdesinin ön plana çıkartılması, yürütme organının özgürlüğü bağlayıcı kararlar almasının önüne geçilmesi ve en nihayetinde bir bütün olarak adil yargılanma hakkının güçlendirilmesi çalışma içerisinde tartışma kapsamına alınmış konulardır. Bu bağlamda itiraz kanun yoluna ilişkin mevcut tartışmaların güncelliğini yitirmesi zaman alacağına benzemektedir.

### *Kaynakça*

- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8 Baskı, Ankara 2014. [Alıntı: **Artuk/Gökçen/Yenidünya**]
- Aydın**, Devrim, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 65, 2006, s. 61-72. [Alıntı: **Aydın**, TBBD 2006]
- Balcı**, Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Ankara 2013. [Alıntı: **Balcı**]
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2013. [Alıntı: **Centel, Zafer**]
- Demirbaş**, Timur, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Demirbaş**]
- Donay**, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012. [Alıntı: **Donay**]
- Eisenberg**, Ulrich, Beck'sische Kurz Kommentare, Jugendgerichtsgesetz, 16. Baskı, Münih 2013. [Alıntı: **Eisenberg**]
- Epping**, Volker/**Hillgruber**, Christian, Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Münih, 2014. [Alıntı: **Epping/Hillgruber**, madde satır no.]
- Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 9. Bası, Ankara 2011. [Alıntı: **Gözübüyük/Gölcüklü**]
- Hannich**, Rolf, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Baskı, Münih, 2013. [Alıntı: **Karlsruher** Kommentar, madde 302-**Paul (maddeyi yorumlayan yazar)**, satır no.]
- [Alıntı: **Karlsruher** Kommentar, madde 309-**Zabeck (maddeyi yorumlayan yazar)**, satır no.]
- İnceoğlu**, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, 3. Baskı, İstanbul 2008. [Alıntı: **İnceoğlu**]

- Kindhäuser**, Urs, Strafprozessrecht, 3. Baskı, Baden Baden 2013. [Alıntı: **Kindhäuser**]
- Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, 2006. [Alıntı: **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**]
- Meyer-Goßner**, Lutz, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 55. Baskı, Münih 2012. [Alıntı: **Meyer-Goßner**]
- Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina, Adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, iç: [http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/adil\\_yargilanma.pdf](http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/adil_yargilanma.pdf) [Erişim tarihi: 5 Eylül 2014] [Alıntı: **Mole/Harby**]
- Özbek**, Veli Özer, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Özbek**]
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012. [Alıntı: **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**]
- Özen**, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Ankara 2011. [Alıntı: **Özen**]
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Özgenç**]
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Özbek**, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2003. [Alıntı: **Öztürk/Erdem/Özbek**]
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Kırıt**, Yasemin F. Saygılar/**Özaydın**, Özden/**Akcan**, Esra Alan/**Erden**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**]
- Pfeiffer**, Gerd, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Baskı, Münih, 2005. [Alıntı: **Pfeiffer**, madde, satır no.]
- Püsküllüoğlu**, Ali, Türkçe Sözlük, Ankara 2007. [Alıntı: **Püsküllüoğlu**]
- Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd, 27. Baskı, Münih, 2012. [Alıntı: **Roxin/Schünemann**]

**Soyaslan, Doğan,** Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007.  
[Alıntı: **Soyaslan**]

**Şahin, Cumhur/Göktürk,** Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı,  
Ankara 2013. [Alıntı: **Şahin/Göktürk**]

**Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu,** Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı,  
Ankara 2012. [Alıntı: **Toroslu/Feyzioğlu**]

**Ünver, Yener/Hakeri,** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II, 7. Baskı,  
Ankara 2013. [Alıntı: **Ünver/Hakeri**]

**Yurtcan,** Erdener, CMK Şerhi, 6. Baskı, Ankara 2013. [Alıntı: **Yurtcan**]