

TEMYİZ DENETİMİNİN SINIRLARI
VE
BU SINIRLARA UYMAMANIN KAÇINILAMAZ SANCILI
SONUÇLARI/AÇMAZLARI/TEHLİKELERİ
(The Limits of Appellate Control and Inevitable, Excruciating
Results/Dilemmas/Dangers of not Following These Limitations)

Sami SELÇUK*

Anahtar sözcükler: Temyiz kavramı, Kapsamı, Sınırları, Duruşma kavramı, Hukuki ve fiili sorun ayrımı, Temyiz kararlarının türleri

Keywords: The concept of appellation, Its scope, Its limits, Concept of trial, Distinction of de jure and de facto problem, Types of appellate court decisions

“İnsan yaratmadıkça, insan gerçeğine varamaz. İnsan gerçeğine, ancak gerçeği yaratarak varılır.”

Yaşar KEMAL

“... Bir iddianame ki, sadece başındaki besmele ile sonundaki tarih doğrudur, o kadar... Zihinler, dürüstlük ve doğruluğu yitirerek şeytanlık ve yakıştırmaya üretmeye karar verdikleri zaman, insanlar içinde öyleleri çıkar ki, bizzat şeytanın yüzü bile kızarır... Sizlerin şahsında ben, mutsuz yurdumun Tanzimat'tan öncesine döndüğünü görmekle umutsuzum ve üzüntü içindeyim. Bu, benim için sizin vereceğiniz bin ölüm kararından daha acıdır.”¹

MİTHAT PAŞA

* Prof. Dr., Eski Yargıtay Birinci Başkanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Mithat Paşa, II. Abdülhamit'in yansız ve bağımsız bir mahkemede yargılanacağına ilişkin buyruğunu ve güvencesini kendisine ileten Adliye Nazırı Cevdet Paşa'nın girişimi üzerine sığındığı İzmir'deki Fransız Başkonsolosluğundan kendi istenciyle ayrılarak Osmanlı Devletine teslim olmuştur. Ancak bu güvenceye hiç mi hiç uyulmamıştır. **Birincisi**, “*yansızlık ilkesi*”ne ters düşen bir Mahkemece yasa hükümlerine uyulmaksızın yargılanmış ve ölüm cezasına hüküm giymiş; en gülünç olanı da ilk soruşturmayı yapan ve iddianameyi düzenleyenler son soruşturmaya yapan mahkemede ve temyiz makamında görev almışlardır. Mahkeme Başkanı, Tuna Valiliği sırasında Mithat Paşa'nın rüşvet suçu nedeniyle görevinden uzaklaştırdığı Süruri Efendidir. İkinci başkan, II. Mahmut tarafından Etnik-i Eteryâdaki etkinlikleri nedeniyle babası asılmış olan Fenerli Rum

“Bizi içeriden özgürleştirebilecek ve nesneleri algılama yeteneğimizde bir sicil değişikliğine yol açabilecek biricik araç, hâlâ eleştirel düşünce ve onun en sağır doğrulara acımadan saldıran keskin yüzüdür. Uygarlığımız ve onun temeli olan paradigmanın doğası üzerine düşünülmezse hep belirsiz söylemlerle yiteneceğiz demektir.”

Daryush SHAYEGAN

“En yanlış düşünceler, en çok vazgeçemediğimiz düşüncelerdir.”

Friedrich Wilhelm NIETZSCHE

“Bilgisini artıran, acularını artırır.”

Hint ATASÖZÜ

ailesinden Hristo Efendi; üyeler, şer'îye mahkemesinden gelen Tevfik ve Hüseyin Beyler, Alman dönmesi Emin Bey, Ermeni Patrikhanesinde zangoçluk yapmış olan Takfor Efendi'dir. Mahkemenin savcısı ise, Mithat Paşa'nın can düşmanı Mahmut Nedim Paşa'nın yetiştirdiği Latif Bey'dir. **İkincisi, Mithat Paşa, “doğal yargı ve yoğunluk ilkeleri”**ne aykırı olarak oluşturulan Yıldız Sarayının hemen yanı başında kurulan bir çadır içinde, sıra dışı, olağanüstü, özel Yıldız Mahkemesinde yargılanmıştır. **Üçüncüsü, “yargı bağımsızlığı ilkesi”**ne aykırı olarak, yargılama sırasında Mithat Paşa'nın düşmanı olan ve sık sık Başkanın kulağına bir şeyler fısıldayarak buyruklar veren Adliye Nazırı Cevdet Paşa ve yine duruşmanın akışından sık sık Padişaha giderek bilgi aktaran ve aldığı buyrukları Başkan'a ileten Mabeyinci Ragıp Bey, yargıçların buldukları kürsünün arkasındaki koltuklarda oturmuşlar ve yargıçları baskı altına almışlardır. **Dördüncüsü**, yürürlükteki **Ceza Yargılaması Yasası hükümlerine, özellikle savunma hakkına hiç uyulmamış**, sanıklar mahkemece belirlenen üç avuktan birini seçmeye zorlanmış, işkencelere dayanan tanık anlatımlarına göre karar verilmiştir. Mithat Paşa, 28 Haziran 1881 tarihinde yaptığı ünlü savunmasında geçen ve günümüz Türkçesine çevirdiğimiz yukarıdaki tümcenin özgün biçimi şöyledir: *“... Bir ithamname ki, sadece başındaki besmele ile sonundaki tarih doğrudur, o kadar... Zihinler, salah ve istikametini kaybederek, şeytanet ve iftira imaline karar verdikleri zaman, benibeşer içinde öyleleri çıkar ki, bizzat şeytanın yüzü bile kızarır... Sizlerin şahsında ben, bedbaht vatanımın Tanzimat'tan eveline rücu ettiğini görmekle müteellim ve meyusum. Bu, benim için sizin vereceğiniz bin ölüm kararından daha elimdir.”* Bu savunma üzerine yargılamayı izleyen İran Büyükelçisi ağlamıştır. Mithat Paşa, dışarıya çıktığında çevik bir hareketle İzmir Başkonsolosunun eşi Bayan Dennis kendisine bir demet karanfil sunmuş ve şöyle demiştir: “Ekselans, Tanrı ve tarih sizden yanadır.” Savunma sonrası kararı vermek üzere Mahkeme yeniden toplandığında Mithat Paşa, hükmü okuyan Mahkeme Başkanının cezaları birbirine karıştırmaya ve kekeleyesi üzerine de şunları söyler: *“Efendi, kekeleyeden okuyunuz. İthamname hepimizde var. Kararınızın da onun aynı olduğu anlaşılıyor. Millet sağ olsun. Altmış yaşından sonra ömrümün geri kalanının bundan fazlasına tahammülü yoktur.”* Bu sırada Mithat Paşa'nın kaçmaması için kapılara dikilen nöbetçilerden kimilerinin ağladıkları görülmüştür. (Tiryakioğlu, Dünya Tarihinde Büyük Siyasi Davalar, İstanbul, 1963, s. 132, 136, 137; Anıl, Osmanlı Döneminde İki Dava, Şeyh Bedreddin ve Mithat Paşa Davaları, İstanbul, 1995, s. 186-202. Ayrıntılı bigi için bk. Uzunçarşılı, Midhat Paşa ve Yıldız Mahkemesi, Ankara, 1967). Görüldüğü üzere, Mithat Paşa Davası, güvence taahhüdünde, sözüne durmayan bir devletin; hiçbir yargılama ilkesine uymayan bir mahkemenin yüzkarası ve tarihin en utanılası yargılamalarından biridir; güvence ve güven veren yansız ve bağımsız bir mahkemenin yargılaması değil, bir çadır tiyatrosunun sahnelendiği oyundur. Karanlık yönleri çok olduğu için de 2414 yıl önce Sokrates'i yargılayan Mahkemenin çok gerisindedir. Yanılığlarından ders alınması için ilkel hukukçuların hiç unutmaması gereken bir davadır da. İlkesizlere ise hiçbir sözümlü olamaz. Onları zaten düzeltmeye kimsenin gücü yetmez ki bu tür çirkinliklerden ders alınlar.

“Zamanından önce gerçeği ortaya atanlar, alışılan yoldan çıkmakla suçlanmayı göze alabilenlerdir.”

Pierre Theilhard de CHARDIN

“Nasıl anlaşır kuşlarla insan/Dillerinin çevirisi üzerine?/Ondan daha ağır kaldığını/Nasıl anlatırım kaplumbağaya?/Nasıl sorabilirim bir pireye/Yüksek atlamadıkça derecesini?/Ve nasıl teşekkür etmeliyim ben/Koktukları için karanfille?”(Sorular Kitabından).

“Yavaş yavaş ölümler okumayanlar/müzik dinlemeyenler/vicdanlarında hoş görmeyi barındırmayanlar (...)/Yavaş yavaş ölümler/Alışkanlıklara esir olanlar/ber gün aynı yolları yürütenler/Ufuklarını genişletmeyen ve değiştirmeyenler(...)/tamir edilen kırık kalplerin gözlerindeki pırlıtyı görmek istemekten kaçınanlar/yavaş yavaş ölümler(...)/Rüyalarını gerçekleştirmek için risk almayanlar/Hayatlarında bir kez dahi mantıklı tavsiyelerin dışına çıkmamış olanlar/Yavaş yavaş ölümler.” (“Yavaş yavaş ölümler” şiiri.)

Pablo NERUDA

I- ÖN AÇIKLAMALAR

Duruşma salonlarında sık sık görülen bir söz vardır: “Adalet mülkün temelidir”. Bu özdeyişe çoğu dilde rastlanır. Latince “iustitia est fundamentum regnum”, Arapçada “el adl-ü essas-ül mülk”. Elbette adalet, toplumsal düzenin temelidir. Ama bu bir ülkü. Üstelik bizim için bugün bile hâlâ bir düş. Ülkemizde bir adalet, daha doğrusu bir yargı bunalımı yaşıyor. Hukuka karşı direnenlerin sayısı, ondan hak umanlar azaldıkça, ters orantılı olarak artıyor. Buna karşın, yargıya işi düşmemiş aile yok gibidir. İnsanlarımız adeta “yargısallaşıyor”. Her dört kişiden beşi de yargıdan yakınıyor(!)

Tanzimat, Fransız Ceza Yargılaması Yasası’nı almıştı. Türkiye Cumhuriyeti, 1929 yılında Almanya’dan ve İsviçre’den aldığı yargılama yasalarını seksen yıla yakın uyguladı. Şimdilerde 2004/5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nı (CYY) ve 2011/6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası’nı (HYY) uyguluyor.

Gerek Osmanlı, gerek Türkiye Cumhuriyeti dönemlerinde yabancı ülkelerden alınan yasaların yürürlüğe girdiği dönemin yargıçlarının elinde yol gösterecek yeterli araç ve gereç yoktu. Yasaların ve yasalardaki yepyeni kavramların yorumunda o dönemin hukukçuları ve özellikle Yargıtay yargıçları sıkıntılar yaşadılar. Ancak onlar, yeni hukukun yerleşmesi için canla başla çalışmalarına karşın gereç eksikliği ve Batı hukukunun kavramlarını bilme konusunda donanım yetersizliği yüzünden giderilmesi zor kimi yanlış kararlar verdiler. Bu yanlışlar daha sonraki kuşaklara aktarıldı durdu. Bugünün Türkiye’si bu yanlışları aşabilmiş değil. Aşamadığı için de Türkiye’de insan ve yasa, hatta yasa maddesince sorun var. Getirilen yüzeysel ve geçici çözümler, sorunları çözmek şöyle dursun, bunalımı daha da artırıyor, hastalığı azdırıyor.

“Gereği düşünöldü”lerle, çok sayıda oturumlarla yaşanan uzatmalı duruşmalar; bu uzatmalı duruşmalarda, ilkelere dayanan diyalektiğe boş vermeler; “tutanaklar okundu” gibisinden yargılama saptırmalarıyla (détournement de procédure) hukuku, hukuka aykırılığın sıvası yapan girişimler; dünyanın her yanında “tartışma” dendiğı halde, olması gerekeni değil, gerçeğı iyi yansıttığı için bildiğimizce “dur” kökünden türetilen “duruşma”² kavramı ve görünüşte duruşma oturumları, bu oturumlar boyunca değışen yargıçlar, yargıçtan yargıca tutanaklarla aktarılan, ciro edilen “kanı yargıları”yla duruşma bilincinin yok edilmesi; denetim yargılaması aşamasında yetki sınırlarının ihlalleri; duruşma sırasında seyirci durumuna düşüröldükleri için “yargılanmış şey”e (chose jugée, kesin hüküm) tarafların saygılarının yitmesi; olay içtihatlarıyla(!) gittikçe olaycı/saymaca hukuka dönöşen hukuk ve bundan esinlenen yasalar; bilimsel hukuku uygulamaya yansıtacak yerde, çarpık uygulamayı yel değirmenleriyle çarpışan Donkişotça bilimselleştirme çabaları; herkese aynı cezayı veren, insan boyutundan yoksun adaletin şeyleşmesi (réification) ve daha birçok dert.

İşte bütün bunların temelinde, Yargıtayın duruşma kavramına ve denetim yargılamasına bakışı ve yaklaşımı yatmaktadır.

Yargılamada yaşanan bu bunalım, elbette bir bütündür; hem ceza yargılamasında, hem de hukuk yargılamasında ortaya çıkmaktadır. Ancak hukuk yargılamasında daha çok yazıllık egemen olduğı için, bunalım, ceza yargılamasında daha yoğun ve sık yaşanmaktadır.

II-YARGITAYIN NİTELİĞİ VE VARLIK NEDENİ

A-Yargıtay³ ve yüksek mahkeme⁴ ayrımı

Konuyu irdelemeye geçmeden önce, Yargıtay nedir ve hangi amacı gerçekleştirmek için kurulmuştur sorularını yanıtlamak zorunludur.

² Duruşma (Almanca Hauptverhandlung, mündliche Verhandlung; Fransızca débat; İngilizce hearing, trial; İtalyanca dibattimento, İspanyolca debate), Türkçede mahkemede tarafların yargıç(lar) önünde karşı karşıya geldikleri evre, murafaa ve halk ozanlarının karşılıklı olarak birbirlerini söz atmaları, atışma anlamlarına gelmektedir. Duruşmak ise işteş bir eylemdir, aslı “dürüşmek” tir. Bu berikilerin anlamları sürekli çalışmak, girişimde bulunmak, karşı karşıya gelmek, çarpışmaktır. “Murafaa” sözcüğü ise, Arapça kaldırma, yok etme, lağvetme anlamlarına gelen “ref” kökünden türetilmiştir ve bir uyuzmazlığı mahkeme önüne getirme anlamına gelmektedir (Ayverdi, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul, 2006, I, s. 781; Türkçe Sözlük, TDK, Ankara, s. 579, 583, Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Lügat, Ankara, 1986, s. 817, 1057). Ülkemizde ise duruşma, yozlaşmış uygulama sonucunda “dur” kökünden türetilmişçesine karşılıklı durma anlamına gelmekte, karşılıklı söz atma (atışma) ve de dile getirilen görüşleri karşılıklı tartma (tartışma) anlamlarını çağrıştırmamakta, bunların çok uzağına düşmektedir.

³ Almanca Kassationsgerichtshof, Fransızca cour de cassation, İngilizce court of cassation, İspanyolca tribunal de casación, İtalyanca corte di cassazione. Ancak İngilizcede Yargıtay kurum olarak yoktur, kavram olarak vardır.

⁴ Fransızca cour suprême, İngilizce supreme court, İspanyolca tribunal suprema, İtalyanca corte suprema.

Hemen belirtmek gerekir ki, yüksek yargı organları konusunda dünyada iki dizge (sistem) vardır: Yüksek mahkeme ve yargıtay. Bu iki dizge birbirinden çok farklıdır.

1-Yüksek mahkeme (dizgesi)

Yüksek mahkeme dizgesi, genelde Anglo-Sakson hukuk dizgesini benimseyen ülkelerde bulunur. Denetim yargılaması yapan bir organın yüksek mahkeme olabilmesi için kimi öznitelikleri (karakteristik) taşıması gerekir: Bunlardan birincisi, bu organın gerektiğinde istinaf yetkisini kullanabilmesidir. Bir başka deyişle her yüksek mahkeme, ilk (olay) mahkeme gibi kanıtlarla yüz yüze gelerek tarafların etkin biçimde katıldığı tartışmalı ve herkese açık bir duruşma, bilimsel deyişle öğrenme yargılaması (cognizione, cognitio causae) yapabilir; ve eğer duruşma yapmışsa maddi olayları ve kanıtları değerlendirerek davanın esasına da karar verebilir. İkincisi, bu yetkinin yanı sıra her yüksek mahkeme, Anayasa yargısı, adli ve yönetsel (idari) yargı yetkilerini birlikte üstlenir. Üçüncüsü, yüksek mahkemelerde başkan ve üye olmaz; bir başyargıç ve yüksek yargıçlar bulunur. Bu sayı ülkelerin büyüklüklerine göre çoğu kez 8-12 arasındadır. Dördüncüsü, yüksek mahkemelere ülkenin büyüklüğüne göre yılda 50-200 arasında dava gelir. ABD, Kaliforniya, Kanada, İngiltere, İrlanda, Hollanda, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Japonya, Romanya, Fildişi Kıyısı gibi ülkelerde bu anlamda bir yüksek mahkeme vardır.

2-Yargıtay (dizgesi)

Almanya, Fransa, İtalya, İspanya, İsviçre gibi birçok Kara Avrupa'sı ve bunlardan esinlenen Latin Amerika ve birçok Afrika ülkeleriyle Türkiye'de yargısal hiyerarşinin başında "bozma mahkemesi" anlamında bir denetim organı vardır. Türkçede buna anlam açısından yetersiz ve fakat yerleşmiş bir terimle Yargıtay denmektedir. Yargıtaylarda (bozma mahkemelerinde), ilk mahkemedeki gibi duruşma (öğrenme yargılaması) yapılmadığı, kanıtlarla yüz yüze gelmediği için denetim organı, ilk mahkemenin yerine geçerek kanıt değerlendirmesi yapamaz. Yargıtay, hükmü bozmakla yetinmek ve yeniden duruşma yaparak yollama yargılamasıyla esaslı çözmek üzere dava dosyasını olay (ilk ya da varsa istinaf) mahkemesine, bir başka deyişle duruşma yapan karar yargıçlarına göndermek zorundadır (HYY, m. 373; CYY, m. 304). Birçok ülkede ve bizde (Anayasamızda) Yargıtaya yüksek mahkeme denmesinin iki nedeni vardır: Birincisi, Yargıtayın yargı sıradüzeni (hiyerarşi) içinde en yüksek noktada bulunduğunu vurgulamak. İkincisi de, Yargıtayın yüceliğini, ona olan saygıyı belirtmek. Dolayısıyla Yargıtay, kesinlikle teknik anlamda bir yüksek mahkeme değildir (Perrot, Colbert, Picca).

Anglo-Sakson hukuk dizgesinde yargıtay, kurum olarak yoktur, ancak kavram olarak vardır⁵.

⁵ 1993 yılında Yargıtayımızın 125. Yıldönümü kutlanmış ve çağrılan kimi yargıtay başkanları da bu toplantıya katılmıştır. Ancak toplantı salonunda İngilizce yargıtay kavramının karşılığı olan "Co-

Bunu şöyle bir çizelge üzerinde gösterebiliriz:

Yüksek Mahkeme (Cour suprême, supreme Court)	Bozma Mahkemesi (Yargıtay, cour de cassation)
1. Tektir. Yargı(lama) bütünlüğü/birliği ilkesine uyulmuştur.	1. Yargıtayın yanı sıra, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay vardır. Yargı(lama) bütünlüğü/ birliği ilkesine uyulmamıştır. (Türkiye'de altı tane)
2. Anayasa yargısı, adli ve yönetsel (idari) yargı yetkileri yüksek mahkemede toplanmıştır.	2. Yalnızca adli yargı yetkisi vardır.
3. İstinaf yetkisi vardır, duruşma yapabilir. İstinaf yetkisini kullandığı takdirde davanın esasını çözer ve yollama yargılaması yapmaz. Bu yetkiyi kullanmadığı zaman ise, hükmü yalnızca hukuk açısından inceler.	3. İstinaf yetkisi yoktur, duruşma yapamaz. Bu nedenle, davanın değil, yalnızca ve yalnızca hükmün yargıcidir; zorunlu olarak yollama yargılaması yapar. Çünkü davanın esasına sadece duruşma yapan ilk mahkeme karar verir.

Demek, Türk Yargıtayı, hukuk tekniği ve terimi olarak bir yüksek mahkeme değildir.

B-Ayrımın sonuçları

Bu ayrımın önemli sonuçları bulunmaktadır.

Anglo-Sakson hukukundan esinlenen ülkelerde tek bir yüksek mahkeme bulunmasının ve yargı bütünlüğü/birliği ilkesinin gerçekleştirilmesinin çok önemli sonuçları vardır.

İlk mahkemeler, önlerine gelen bir davada, bir yasa düzgüsünün (norm) anayasa düzgüsüne, tüzük düzgüsünün yasa düzgüsüne, yönetmelik düzgüsünün tüzük

urt of cassation" yerine istinaf mahkemesi anlamına gelen "Supreme court of appeal" yazılması, çağrı mektuplarında da bu terimin kullanılması tam anlamıyla bir skandal ve talihsizlik olmuştur. Nitekim toplantıya katılan Fransız Yargıtay Başkanı Draï, Türk Yargıtayının istinaf mahkemesi olup olmadığını şaşkınlıkla bize sormak gereğini duymuştur.

düzyüsüne vb. aykırı olduğu kanısına ulaşırsa, bunları uygulamadan geri çekebilir. Çünkü yargılama birliği nedeniyle, tek olan yüksek mahkeme eninde sonunda bu uyuşmazlığı kesin çözüme bağlayacaktır. Bu yüzden, yüksek mahkeme sistemini benimseyen ülkelerde, yargı erki son derece güçlüdür ve her konuya devlet ile bireyi hukuk karşısında eşit kılan *“hukukun üstünlüğü ilkesi”* temelinde yaklaşılır⁶.

Buna karşılık, Kara Avrupa’sı hukukundan esinlenen ülkelerde, dorukta birden çok yüksek yargı organı vardır. Yargı bütünlüğü/birliği ilkesine uyulmamıştır.

Bunun en önemli sonucu, adli olsun, idari olsun, ilk mahkemeler, uygulanacak bir yasa düzyüsünün (norm) anayasa düzyüsüne, tüzük düzyüsünün yasa düzyüsüne, yönetmelik düzyüsünün tüzük düzyüsüne vb. aykırılığı söz konusu olursa, bu mahkemelerin tek yapacakları şey, yetkili yargı organına, yani anayasa mahkemesi ya da idari yargı organına bu konuda bir karar verilmek üzere aykırılık savını iletmek ve sonucu beklemektir. Yani mahkemeler, konuyu kendiliklerinden çözemez; “bekletici sorun” (question préjudicielle, questione pregiudiziale, mes’ele-i müstehire) yapmak zorundadır. O yüzden bu ülkelerde, devlet ile birey hukukun önünde eşit düzeyde değildir. Bu eşitlik başarılmadığı için bu ülkelerde sürekli olarak devleti hukukun içine çekme kavgası yaşanır ve *“hukuk devleti ilkesi”* temelinde sorunlara yaklaşılır. Aslında bu olgu iki açmazın, sorunun bir itirafıdır: Birincisi, devlet, hukuku yaratma tekeli elinde bulundurduğu ve hukuku her zaman kendi yararına göre kotardığı için, birey ile devlet arasında sürekli bir eşitsizlik söz konusudur. İkincisi de, bu gerçeğin doğal sonucu olarak yargı erki yeterince güçlü ve bağımsız değildir.

Bu nedenle Kara Avrupa’sı hukukundan esinlenen ülkelerde, dolayısıyla Türkiye’de tartışma, sürekli olarak bu iki konu üzerinde yoğunlaşmıştır: Birey ile devlet arasında eşitliği sağlamak ve hukukla bağı olmayan devleti hukukla sınırlamak. Bu bir. Yargı erkini güçlü ve bağımsız kılmak. Bu iki.

C- Ülkemizdeki karmaşa

Daha baştan belirtmek gerekir ki, eğer bir denetim organı, istinaf yetkisi bulunmadığı, dolayısıyla duruşma yapmadığı/yapamadığı için sadece yollama yargılamasını gerektiren bozma mahkemesi (yargıtay) işlevini yerine getirmek zorunda olduğu halde, dosyadaki tutanaklara göre kanıtları değerlendirerek maddi olayları çözüme bağlıyorsa; o artık ne istinaftır, ne de yargıtaydır (bozma mahkemesi). Gerçekten böyle bir yargı organı, duruşma yapmadığı, yapamadığı için önce istinaf değildir; öte yandan maddi olayları incelendiği ve karar bağladığı için de artık yargıtay

⁶ Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları birbirinden ayrı yerlerde doğmuşlardır ve sonuçları da başka başkadır (Selçuk, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara 1998, s.539-542).

değildir. Dolayısıyla yeryüzünde bir benzeri de yoktur. Böyle bir organın, istinaf ve temyiz yolu yetkilerini bir arada kullandığını söylemek ise, istinaf ve temyiz yollarının özünü dışlamak, her iki yolu en azından birbirine karıştırmak, bilgisizlik için yüksek öğrenim gerekir dedirtecek denli bilgisizliğin sınırlarını zorlamaktır. Çünkü bu anlayış, yargıtay kurumunun yalnızca tarihsel ortaya çıkışına, evrimine ve var olma nedenine (la raison d'être), amacına, özüne, dogmatik yapılaşma sürecine ve işleyişine ters düşmekle kalmaz; eşyanın doğasından kaynaklanan belirleyici (determinist) sonuçlar doğurarak, birçok temel kurum ve süzme kavramların yıkımına da yol açar.

Dünyanın en eski bozma mahkemesi, bizim ve Kara Avrupası ülkelerinin esinlendiği Fransız Yargıtayıdır. 1789 Devriminin ürünüdür ve 1790'da kurulmuştur. Özellikle Robespierre, Pirieur, Condorcet, Barnave, Le Chapelier, Maury gibi Devrimin önde gelenlerinin Kurucu Meclis konuşmalarından anlaşıldığı üzere halkın istencini temsil eden yasama organının çıkardığı yasaların, yargıçlarca ülke çapında birörnek (tekdüze) uygulanmalarını sağlamak amacıyla kurulmuştur. Bu tarihsel ortaya çıkış, var olma ve evrim, bütün ülkelerin yargıtayları açısından da doğrudur ve bu gerçek bugün de sürmektedir.

III-YARGITAYIN TEKLİĞİ İLKESİ

A-Tekliğin nedeni ve amacı, hukuksal yorumda birliği sağlamaktır

İster yüksek mahkeme, ister bozma mahkemesi olsun, hukuk metinlerinde geçen kavramların, düzgülerin birörnek tanım ve yorumlarını sağlayan mahkeme her ülkede tektir. Oysa olay yargılaması da yapan ilk (ve varsa istinaf) mahkemeler bütün dünyada birden çoktur.

Gerçekten, hukuksal metinlerin tanımları, yorumları her ülkede tektir. Bu teklilik bilimsel gelişme sürecinde değişerek sürer. Sözelimi, hırsızlığın, haksız eylemin, evlilik bağının öğeleri ve tanımları böyledir. Hukuksal metinlerin yorumlarındaki ve kavramların tanımlarındaki bu teklilik, yargısal görüş/içtihat (jurisprudence) terimiyle anlatılır. Bu yorumlar ve tanımlar, hukukta güvenlik ve sürekliliği sağlar. Bu da ancak yerleşik yargısal görüşlerle/içtihatlarla kotarılır. O yüzden, bu tekliliği sağlayan yargıtay da her ülkede tektir. Demek, yargıtay tek olduğu için yargısal görüşte/içtihatla birlik istenmemektedir; yargısal görüşte/içtihatla birlik istendiği için yargıtay tek olmaktadır. Bu nedenle tekliliği bozan her tutumdan (daire, kurul, bölüm, hatta üye, yargıç çokluğu) olabildiğince kaçınmak gerekir. Esasen temyiz yolu, taraflara hak, adalet dağıtmak için değil, adalet dağıtan olay mahkemelerinde ülke çapında hukukun birörnek yorumunu gerçekleştirmek için öngörülmüştür; hukukta güvenlik ve yerleşiklik, güveni sağlama ve dolayısıyla toplum yararı içindir.

Buna karşılık, olaylar, olgular, fenomenler; yani hastalık, düşme gibi bir durum; söz, tutum gibi bir etkinlik; istenç açıklaması, kasıt gibi bir ruhsal (iç) sergileyiş; yazı gibi bir davranışın ürünü olabilir. Aynı türden olsa ve aynı sanıkça işlense bile, sözgelimi, geceleyin konuta girerek hırsızlık, insan öldürmeye kalkışma gibi olaylar, oluştukları zaman, yer, kullanılan araçlar vb. onlarca, yüzlerce başkalıklar ve etkenler nedeniyle bire bir çakışmak şöyle dursun, birbirlerine asla benzemez. Bu yüzden her birinin kanıtları ve koşulları başka başkadır. Bunlar, birbirlerine asla eşdeğer değildir, birbirleri için asla örnek (emsal) de olamaz. Tek biçimli olabilme olanakları yoktur. Bu gerçek, Herakleitos'tan (MÖ 540-480) bu yana bilimce bilinmektedir; o nedenle de küresel bir özdeyişe, bilimsel ve mantıksal temele, ilksava/belite⁷ ve değiştirilemez ilkgerçeğe (postulat, postulatam) dönüşmüştür: "Her şey akar, aynı ırmakta iki kez yıkanılmaz" (panta rhei). Çağcıl felsefe ve mantık diliyle açıklamak gerekirse yaklaşık 2600 yıldır bilinen bu ilksav/belir, 20. yüzyılın önemli düşünürlerinden A. North Whitehead'in (1861-1947) 1929 yılında yayımladığı başyapıtında sergilenen "süreç felsefesi"nin⁸ çürütülemez bir önermesidir, dolayısıyla tıpkı matematik bir sonuç gibi, kesinkes geçerli bir doğrudur (apodictique). Tersi kanıtlanamaz, dolayısıyla değiştirilemez bir gerçektir. Çünkü bunun tersini ileri sürmek, doğadaki yaratıcı ilerlemeyi de yadsımaktır. Bergson ve Dewey gibi düşünürlerin de aynı doğrultuda her olayın biricik ve tikel olduğunu, daha sonraları bir kez bile yinelenmediklerini kanıtladıkları⁹ bir dünyada/evrende ve bu "çürütülemez açıklık" (évidence apodictique, evidenza apodictica) karşısında söz konusu ilksavın/belitin/ilkgerçeğin tersini benimseyerek ve çağ gerisi bir töz metafiziğine teslim olarak olaylar, olgular, fenomenler arasında özdeşlik, hatta benzerlik aramak ve bu konudaki kararları örnek yargısal görüşler olarak algılamak ve değerlendirmek, bilim dışıdır, mantık dışıdır; dolayısıyla tam bir aymazlıktır.

İşte bu türden olayları, olguları, fenomenleri belirlemek için yargılama sürecinde insanlığın bulduğu biricik çare ve yöntem, duruşmadır. Bunlar, duruşma (tartışma, débat, dibattimento) denilen laboratuardaki verilere göre oluşan kanı (gerçeklik) yargısıyla belirlenir. Bu belirlemeyi yapabilmek için hukukçu olmaya da gerek yoktur. Hukuk bilgisine sadece duruşmayla belirlenen olaya, olguya, fenomene hukuki tanıyı (teşhis) koyabilmek için gerek vardır. Hukukçu olmayanlardan oluşan jürilerin temelinde yatan düşünce de buna dayanır. Bu kanı, elbette her olaya göre değişecektir. O nedenle her ülkede duruşma yapan olay (ilk ve istinaf) mahkemeleri birden çoktur; dolayısıyla olaylarla, olgularla, fenomenlerle ilgili belirleme sorunları, yargısal/hukuksal görüş/içtihat ve de örnek konusu olamaz.

⁷ Yunanca axioma, Almanca ve İngilizce axiom, Fransızca axiome, Osmanlıca mütearife.

⁸ Almanca prozessphilosophie, Fransızca philosophie du procès, İngilizce philosophy of process.

⁹ Cevizci, Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 2010, s. 1468, 1609; Güçlü/Erkan, U./Serkan, U./Yolsal, Felsefe Sözlüğü, Ankara, 2008, s. 1374, 1375, 1550.

Görülüyor ki, olaylar birbirine benzemediği için yargısal görüşe/içtihadı konu olamamaktadır; o yüzden de olay mahkemeleri her ülkede ve elbette bizde de birden çoktur.

B-Yargıtayın tekliği ilkesinin çiğnenmesinin kaçınılmaz sonuçları vardır

Bunlardan birincisi, daire ve üye sayısının çokluğudur. İtalyan, Fransız, Alman, Belçika vb. ülkelerdeki daire ve üye sayısı, Türk Yargıtayına gelen iş sayısı gözetildiğinde, çok az ve fakat oransal açıdan fazladır. Ancak karşılaştırılmalı hukukta sayılar önemsizdir ve karşılaştırmada gözetilmez. Karşılaştırılması gereken, vazgeçilmez koordinatları içinde dizgelerdir.

Anılan ülkelerdeki yargıtayların denetim yetkisini yürütürken, hem kullandığı yöntem ve hem de çizdiği kapsam, büsbütün değişiktir; Türk Yargıtayı ile hiçbir benzerlikleri bulunmamaktadır. Bırakınız bizimki gibi bir çırpıda beş daire, on daire kurulmasını, 160 üye seçilmesini –ki dünya birinciliği(!) bizdedir- iş davaları için yeni bir daire kurulmasının yargıtayın tekliği ilkesini bozup bozmayacağı Fransa'da yıllarca tartışılmıştır. Burada önemli olan şudur: İş hukukunun, medeni hukukla, ticaret, icra ve iflas ya da ceza hukukuyla hemen hemen hiçbir ilgisi yoktur. Buna karşın, teklik ilkesinin örselenmemesi için Fransa'da bu konuda bizlere aşırı görünen, ancak yerinde bir duyarlılık gösterilmiştir. Oysa Türkiye'de özdeş işlere bakan dairelerin iş yükünü azaltmak ve işbölümünü çoğaltmak için yeni daireler hemen hemen hiç tartışılmadan kurulabilmiştir. Bu konuda duyarlı davranmak ve bu örneklerden ders almak şöyle dursun, gelişmiş ülkelerde de bunlara rastlandığı ve üstelik oralarda üst (istinaf) mahkemelerinin bulunmasına karşın bu yola gidildiği belirtilerek, yanlış bir bilgilerle, gerekçeyle ve değerlendirmelerle, bu yanlış yöntem adeta haklılaştırılmıştır, özendirilmiştir. Bütün bunlar, temyiz yolu kavramı ile Yargıtay kurumunun doğru oluşmadığını ve anlaşılmadığını ortaya koyan kanıtlardır. Bunları hoş görmek olanaksızdır. Çünkü ilkin, bu tutum, temel bir ilkenin üzerine titremek değil, tersine Yargıtay kavramı ve kurumu konusunda gösterilen bir duyarsızlıktır, boş vermişliktir. İkincisi de, istinaf yolu ile temyiz yolunu birbirine karıştırmaktır. Bu bağışlanmaz bir yanılığdır. Buna ileride yine kısaca değinilecektir.

Bizde bu görüşler savunulurken, Fransa'da 6 Ocak 1989 ve 7 Ocak 1991 açış konuşmalarında Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai, daire, bölüm ve üye sayısının artmasının; Yargıtayı hukuki görüş/içtihat mahkemesi olmaktan çıkaracağını; bu türden salt biçimsel ve nicel çözüm anlayışının Yargıtay içinde küçük yargıtaylar yaratarak, Yargıtayın biricikliği (teklik, unicité) ilkesini bozacağını vurgulamıştır. Başkan Drai'ye göre, Yargıtayın gücü ve saygınlığı, hukuk uygulamasında ve yorumunda sağladığı birlik ve tutarlılık ile ölçülür. Daire, bölüm ve üye sayısının artması bu birliği ve tutarlılığı keskincesarsacak; hatta yok edecektir.

Daha sonra gelen Yargıtay başkanları da, Fransa'da açış konuşmalarında aynı kaygıyı dile getirmişlerdir.

Daire ve üye sayısı koşutunda bir başka konu da iş sayısının artmasıdır. Batı yargıtayları arasında işi en çok olan Fransız Yargıtayının yaklaşık altmış –evet yanlış değil, tam altmış- katı işi olan Türk Yargıtayının, bu koşullarda özgörevini yerine getirdiği ileri sürmek, büyük bir yalandır; gerçeği gizlemektir. Üstüne üstelik böylesine önemli bir yozlaşmanın, hatta belirtileri gün ışığına çıkmış ağır bir hastalığın Yargıtay başkanlarının açış konuşmalarında bir başarı öyküsü olarak sergilenmesi ve dizlerini dövecek yerde övünme konusu yapılması ise şaşılmalı bir aymazlıktır¹⁰. Saklamaya gerek yok. İtiraf etmek gerekir ki, bu durumdaki bir yargı organında ne dosya incelemeye, ne de gerekçeli karar yazmaya zaman vardır. Oysa Anayasa ve yargılama yasaları, kararların ve hatta karşı görüşlerin bile gerekçeli olmalarını buyurmuştur. Gerekçe kamu düzeniyle ilgilidir. O yüzden ilk mahkeme gerekçesine yollama yapılması asla bir gerekçe değildir ve ne yazık ki, Türk Yargıtayında sık sık başvuru olan bir yöntemdir bu.

Fransız örneğini sürdürürsek durum şudur: Fransız Yargıtayına gelen iş sayısı bizim almışta birimiz olmasına karşın aynı konuşmalarda hem Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai, hem de Başsavcı Pierre Bézio, bu iş çokluğuna tez elden bir çözüm bulunmasını istiyorlar. Çünkü çözüm bulunmazsa, Yargıtay, hukuki görüş, içtihat mahkemesi olma özgörevini yitirecek (Tunc), Yargıtay, eski başkanlarından ve adalet bakanlarından Arpaillage'ın dediği gibi, yalnızca bir ilk mahkemeye değil, dahası bir suçüstü ilk mahkemesine dönüşecektir. Buna kimsenin hakkı yoktur. Böyle diyor, Drai. Bézio ise, daha ileri giderek, Yargıtay mensuplarını buna boyun eğmemeye çağırıyor. Bir de şunu belirtmek gerekir. Drai'nin bu konuda o dönemde önerdiği çözüm, bir kesim davaların temyize gelmesini asla önlemek değildir.

¹⁰ 2010 yılında dönemin Türk Yargıtay Başkanı, İstanbul'da düzenlenen bir toplantıya katılan İrlanda Yüksek Mahkeme Başyargıcı John Loyola Murray'e, iş sayısından söz ederek Türk Yargıtayının dünyanın en büyük *yüksek mahkemesi* olduğunu övünerek söyleyebilmiştir. Murray ve ben, Avrupa Konseyi içinde AİHM'ye üye seçiminde işlev gören "Danışma Kurulu" nun (Advisory Panel, Panel consultatif) üyesiyiz. Başkan Murray'in, 2011 yılındaki bir toplantıda bu sözleri bana aktarıırken yüzündeki alaycı gülümsemeyi hiç unutamıyorum. "Hasne ile Hüsne, Muaviye'in kızlarıdır" sözünde üç yanlış vardır: Söz konusu olan, Hasne ile Hüsne değil, Hasan ile Hüseyin'dir. Bu, bir. İkisi de kız değil, erkektir. Bu, iki. Bu çocuklar Muaviye'nin değil, Hz. Ali'nin çocuklarıdır. Bu da, üç. Türk Yargıtay Başkanının sözünde de üç yanlış vardır. Yargıtay, yüksek mahkeme değildir. Nitekim Kanada Yüksek Mahkeme Başyargıcı Antonio Lamer, dönemin Yargıtay Başkanına yazdığı ve ince biçimle kaleme aldığı bir yazıyla ve bu gerçekçyle Yargıtayımızın 125. yıldönümü toplantılarına katılmayı reddetmiştir. Bu, bir. Yüksek mahkemelerde başkan değil, başyargıç bulunur. Bu, iki. Yüksek mahkemelere, ülkelerin büyüklüklerine göre yılda 50-200 arasında dava gelir. Yargıtaylara ise 4.000-25.000 arasında dava gelir. Bu da, üç.

Çünkü Draî'ye göre, iş akımını kesmek için kimi davalara temyiz yolunu kapamak, davalar ve hukuk kurumları arasında seçkin bir seçim (tercih) (un choix élististe) ve eşitsizlik yaratacaktır. Bu da demokrasiyi örseleyeceği gibi, kimi hukuk düzgülerinin (norm) yorumlarında bir örnek hukuki görüş, içtihat oluşturmanın önünü de kapatacaktır.

Daire, üye ve iş çokluğu sorunlarının yarattığı sakıncalar, ülkemizdeki yaklaşımlarla, anlayışlarla ve Yargıtay başkan, üye ve yargıçlarının özverili ve çalışkan olmalarıyla asla aşılamaz. Söz konusu sakıncaların bunlarla doğrudan bir ilişkisi yoktur. Bu tür yaklaşımlar, dizge ile kişileri birbirine karıştıran ve var olan durumu daha da çıkmaza sokan yaklaşımlardır.

Eğer, yargıçların güçleri, olanaklarının son sınırına dayanmışsa, yargıçlar sağlık pahasına çalışıyorlarsa, bu olgu, aslında bir hastalıktır. Zira hukukta kimseden kahramanlık istenemez.

Dahası her kahramanlıkta bir yitiriş vardır.

Bu yüzden “yargıtayın biricikliği, tekliği ilkesini” örseleyecek her türlü işlem ve girişimden özenle kaçınmak gerekir.

IV- YARGITAY DENETİMİNİN KAPSAMI

A- Yargıtayın olayları asla belirleyememesi ve bu konuda asla hüküm kuramaması ilkesi

Yukarıda, olay, olgu, fenomen¹¹ kavramına, bunların neler olabileceklerine değinilmiş; olayların kanıtlanması ve var olup olmadıklarının belirlenmesi (sübut) için, yargılamada en önemli evreyi oluşturan, duruşma (tartışma) kurumunun yaratıldığı belirtilmişti.

Bunu bir çizelge üzerinde göstermek daha yararlı olacaktır.

HÜKÜM (décision, jugement)

(Tasım [syllogisme, kıyas] işlemi)

¹¹ Bundan böyle olgu, fenomen sözcükleri yinelenmeyecek, bunları da içeren geniş anlamdaki olay sözcüğüyle yetinilecektir (S. S.).

İLK/İSTİNAF MAHKEMELER(İ)¹² YARGITAY(BOZMA MAHKEMESİ)¹³

A- OLAY (VİCDANİ KANI, GERÇEKLİK) YARGI(LAMAS)I (Küçük önerme)	A- OLAY (VİCDANİ KANI, GERÇEKLİK) YARGI(LAMAS)I (Küçük önerme)
Etkileşim ve geçişim (osmose)	

Kanı (gerçeklik) yargısı (jugement de réalite) oluşur. Latince, convictio; Almanca, Überführung; İngilizce/ Fransızca, conviction; İtalyanca, convizione,convincimento convencimiento; İspanyolca, convición.	Hukuki tanı (normatif değer) yargısı (jugement de valeur) oluşur. (Sentence: sententia, Gerichtsspruch sentenza, sentencía,) (sol kesimdeki yabancı dil sırasına göre).
Öznel: iddia, savunma ve karar makamları (üç makam).	- Öznel: Yalnızca karar makamı var (tek makam).
- Yöntem: Varlıkbilimsel (ontolojik) gözlemlere dayanan öğrenme yargılaması (cognizione) var ve zorunlu.	- Yöntem: Öğrenme yargılaması hiç yok ve de zorunlu değil.
- İlkeler: a. açıklık, b. sözlülük, c.yüz yüze olma / doğrudanlık, ç.yoğunluk (kişi, yer, zaman). Gerçeklik yargısı için kurulan bu diyalektik nedeniyle de bu ilkelere uyulması zorunlu.	-İlkeler: a. gizlilik, b. yazılılık, c.yokluk.
-Kararın niteliği, uzmanlık istemediğinden hukuksal değildir (compétence extrajudiciare).	-Kararın niteliği, uzmanlık ister, hukuksaldır (compétence intrajudiciare).
- Yasal dayanak: C. Yargılama Yasası, m. 217, Hukuk Yargılama Yasası, md. 198, 297/c.	-Yasal dayanak: C. Yargılama Yasası, m. 288, 289; Hukuk Yargılama Yasası, md. 297/c, 362.
Ortak İlke: Tantum judicatum, quantum conclusum. (Yargılandığın oranda sonuç çıkar/hüküm kur)	

¹² İlk mahkeme olay yargılamasını yaptığı için önce kanı yargısını; sonra da bu kaniya göre hukuk yargısını kurar.

¹³ Yargıtay (bozma mahkemesi), olay yargılaması yapmadığı ve bu olanak elinde olmadığı için vicdani kanı yargısı oluşturamaz; ilk mahkemenin vicdani kanı yargısını sadece gerekçe yoluyla inceler ve denetler. Buna karşılık, ilk mahkemeyeyle özdeş olanaklara sahip olduğu için hukuki tanı yargısı kurmakta tam yetkilidir. Buna ileride değineceğiz.

Bu çizelge dikkatle incelendiğinde şu sonuçlara kolaylıkla ulaşılabilmektedir:

Her hükümdede aşağıdakine benzeyen bir tasım (syllogisme) işlemi vardır: Her insan (canlı) ölümlüdür (büyük önerme); Atatürk de insandır (küçük önerme); öyleyse o da ölümlüdür (sonuç). Yargının önüne gelen davada/tasımda küçük önerme, var olup olmadığı kanıtlarla belirlenecek olan olaydır. Büyük önerme ise, bu olaya uyan yazılı hukuk düzgüsüdür (norm, hüküm). Olaya uygun hukuk düzgüsü bulununca, olayın hukuk karşısında ne olduğu belirlenecek, yani hukuki tanı (teşhis) konulacak ve oradan da sonuca/hükme (yaptırım vb.) ulaşılabilmektedir.

1-Olaya ilişkin vicdani kanı (gerçeklik) yargı(laması)

Bu durumda ilk işlem, küçük önerme dediğimiz olayın kanıtlanması olacaktır. Olayın kanıtlanması için hukukun bulduğu biricik çare ve yöntem, duruşma (tartışma) denen, olayın benzerinin kanıtlarla, keşif gibi uygulamalarla yeniden yaşandığı ve öğretilde öğrenme yargılaması denen, diyalektiğin en görkemli biçimde gerçekleştiği ve yaşandığı evredir. Bu evre, yargılamanın en önemli evresidir. Çünkü geçmişte yaşandığı ileri sürülen olayın gerçek olup olmadığı bu evrede belirlenecektir. Olayın gerçek olmadığı ortaya çıkarsa, daha sonraki aşamalara geçmeye gerek kalmayacaktır. Bu yüzden, duruşma/tartışma evresine, kararı verecek olan yargıçların yanı sıra taraflar, hukukta davacı ve davalı, cezada savcı, katılan ve sanık da etkin biçimde katılmalıdır.

Duruşma her şeyden önce herkesin gözü önünde yapılır; herkese açıktır. Sadece taraflar değil, bütün toplumun gözü önünde yapılan herkese açık bir duruşma yargıya, yargıçlara güven duygusunun yaratılmasını sağlar. Herkes, bilir ki, yargının gizlisi saklısı yoktur, olamaz da. Bunun adı, “herkese açıklık ilkesi”dir. Eğer, kanıtlama işlemleri ve etkinlikleri kapalı kapılar arkasında yapılırsa, artık o rejimin adı demokrasi ve yargılama etkinliğinin biçimi de suçlama (itham) dizgesi ya da karma dizge değildir; duruşma da duruşma değildir. Rejimin adı, tümelcilik (totalitarizm); onun bekçiliğini yapan yargılama etkinliğinin biçimi, soruşturma (tahkik, engizisyon) dizgesidir.

Sağlıklı bir duruşma için herkese açıklık da yetmez. Duruşmada, kanı yargısını oluşturacak yargıçlar; tanıklar, belgeler, bilirkişiler vb. gibi bütün kanıt kaynaklarıyla yüz yüze gelmeli, tutanak vb. gibi araya hiçbir yabancı araç girmeden, bu kaynaklarla doğrudan doğruya ilişki kurmalıdırlar. Bunun adı, yine diyalektiğin gereği olan “yüz yüze olma/doğrudanlık ilkesi”dir.

Bu kanıt kaynaklarının sergiledikleri durumlar, açık duruşmada yüksek sesle (sözlülük) tartışılmalıdır. Bunun adı, yine diyalektiğin gereği olan “sözlülük ilkesi”dir. Yargılamada diyalektiğin, çelişmenin, dürüstlüğü sağlanması için metinleri, bu arada tutanakları okumak asla yetmez. Bu araçların hiç kimseye soru yanıt biçiminde tartışma olanağı yoktur. Tam bu noktada iki küresel çaptaki düşü-

nürün adını anmak gerekir. Birincisi, sözmerkeçliğe başkaldıran ve metinlere yapı-sökümcü yöntemle yaklaşan Jacques Derrida'dır (1930-2004). Evet, metne öncelik tanıyan ve yapı-söküm yöntemini savunan Derrida bile, konuşmanın göndermeleri (yollama, referans) yönlendiren denetim olanaklarının ve baskısının yazıda ortadan kalktığını, çevrime okurun girdiğini, bu nedenle metinleri, tutanakları okumakla yetinen yargıçların, özellikle yüksek yargı organı yargıçlarının sıradan okurlara dönüştüklerini vurgulamaktadır. Yorumbilimci (hermeneutik), göstergebilimci ve yazın eleştirmeni Paul Ricœur (1913-2005) ise, sözlü anlatımda anlatanın, konuşanın izini görür. Doğrudur. Ancak eksiktir. Çünkü anlatanın, konuşanın sadece izi görülmez, onun öznelci yapısını da ele verir, sözlü anlatım. Konuşanın yüzündeki değişiklikler, el kol hareketleri, ses tınısı, kullandığı sözler ve sözcükler etkileyen izlerdir. Bunlar, söyleyen ile söyleneni ayıramaz biçimde bütünleştirir. İnanırdıcı olmak ya da olmamak bunlarla birlikte yaşanır. Anlatanın buyruğundaki ve denetimindeki sözler, bu nedenlerle etkilidir, önceliklidir. Yazıda, metinlerde ve metin okumalarında bu nitelikler yoktur¹⁴. Metinlerin, tutanakların kekeleydikler, yüzlerinin kızardıkları, terledikleri bugüne dek hiç görülmemiştir.

Açıklık, doğrudanlık, yüze karşılık, sözlülük ilkeleri de yetmiyor, sağlıklı bir duruşma için. Duruşma, zaman açısından belli bir zaman diliminde, yer açısından belli bir yerde, yargılayanlar açısından belli yargıçlarca *kesintisiz* biçimde yapılacak ve kural olarak tek oturumda bitecek; zaman, yer özellikle duruşma yapan yargıçlar asla değiştirilemeyecektir. ***Duruşmaya katılmayan yargıçların vicdani kanı yargısı oluşturması olanaksızdır ve, duruşmanın olmazsa olmaz ilkelerinin zorunlu sonucu olarak, yasaktır.*** Bu yüzden de duruşma yapan ile hüküm kuran yargıçlar, Türkiye dışında, yeryüzünün her ülkesinde aynıdır, asla değiştirilemezler (Ceza Yargılama Yasası m. 227, Hukuk Yargılama Yasası m. 295). Bunların adı ise, yine diyalektiğin gereği olan “yoğunluk ilkesi” ve “kesintisizlik ilkesi” dir.

Diyalektiğin bu ilkeleri, birbirinden ayrıştırılamaz biçimde bir bütün oluşturur ve her biri öbürlerinin zorunlu koşuludur (sine qua non). Duruşma bu ilkelere ödünsüz ışığında yürütülecektir. Vicdani kanı, “bireysel ahlakölçer” dir¹⁵ ve bu ilkelere göre yapılan duruşma sonucunda oluşacaktır. Bu ilkelere yaşanmadığı bir yargılamaya dizgesinin adı, yukarıda belirtildiği üzere, çağlar öncesi yaşanan ve acıları bugünün hukukunu etkileyen “soruşturma dizgesi” dir (tahkik sistemi, engizisyon sistemi).

İşte bu ilkelere göre yürütülen tartışmayı (duruşma) izleyen ve olayın varlığı, yokluğu, var ise onun kim tarafından gerçekleştirildiği konularında kanı (gerçeklik) yargısına varacak olan yargıçlar; asla tutanıklara göre değil, duruşmanın olmazsa olmazı olan bu ilkelere uyarınca yapılan duruşmadaki izlenimlere göre kanı yargısı

¹⁴ Aydın, M. B., Anahtar Deliği: Özel Somut Sübjektif, Varlık Dergisi, Aralık 2012, s. 9, 10.

¹⁵ Aydın, M. B., s. 10.

oluşturacaklardır. Tersi durumda yargılamayı yönlendiren ilkeler bir yana itilmiş; terlemeyen, kekelemeyen, yüzü kızarmayan cansız/ölü tutanaklara göre karar verilmiş olur.

Yargılama, her zaman, doğru ya da yalan olmak üzere iki yanlı ve ortak (kollektif) bir kuşkuyla başlamaktadır. İddia ve savunmaya dayanan, en azından iki olasılıklı bir kuşkuyu sergileyen bu duruma, mantıkta “diyalog ilkesi” denmektedir. Tarafların seyirci değil, etkin biçimde katıldıkları duruşmada, duruşmanın vazgeçilemez ilkeleri seferber edilerek, yargıçlarca, olay hakkındaki kanı, gerçeklik yargısı oluşturulacaktır. Bu yapay bir olgu değil; insanlığın dâhice bulduğu bir “tartışma-dır/konuşu”dur (kolokyum). Zira olay/vicdani kanı, gerçeklik yargısı, tutanaklarla yargıçtan yargıca ciro edilebilen bir yargı değil, ilkelere göre yapılan duruşmalarda oluşan bir gerçeklik yargısıdır. Bu ilkelere uyularak ulaşılan bir “**olay kanı/gerçeklik yargısı**” ise, elbette yalnızca yargıcın (yargıçların) değil, yargılamaya katılanların da katkısıyla oluşan bir **yargıdır; ortak bir yapıttır**. Kuşku ortaklaşa yenilmiştir. Yenilen, iddia ya da savunmadan biri değil; başlangıçta ortaya çıkan ortak kuşkidur. O yüzden ulaşılan yapıt da ortaktır; bir tür çoklu birliktir (unitas multiplex). Böyle olduğu, yani herkesin bu ortak yapıtta payı bulunduğu içindir ki, taraflar ona **saygı** duyarlar. **Kesin hükmün yetkesi (otorite) ve bağlayıcılığı bu ortaklaşa olma niteliğinden kaynaklanır**. Eğer taraflar seyirci durumuna düşer, bu yapıtta payları bulunmazsa, kesin hüküm yetkesi maddi gücünü ve meşruluğunu yitirir, yalnızca biçimsel gücüyle baş başa kalır. Bu yüzden de böyle bir hükme kimse inanmaz. Bir başka deyişle, duruşma, onsuз olmaz ilkelere göre yapılmaz, yalnızca duruşmayı yapan yargıçlarca hüküm kurulmazsa, o hükme kimse saygı duymaz¹⁶.

Bu nedenlerledir ki, olayla ilgili kanı yargısını oluşturacak yargı organları, dünyanın her yerinde yalnızca duruşma yapan mahkemelerdir. Eğer, kanıtlarla yüz yüze gelerek açık duruşma yapmış olsalardı, elbette yargıtay yargıçları da bu konuna yetkili olurlardı. Tersi durum söz konusu olduğundan bu berikiler, vicdani kanı yargısı oluşturma alanında kesinlikle yetkili değildirlir. Çünkü onlar, duruşma yapmadıklarından, olayla ilgili vicdani kanı yargısı oluşturabilmek için gerekli olanak ve gereçten yoksundurlar. Üstelik bir olayın gerçek olup olmadığını kanıtları değerlendirerek belirlemek için, hukuk öğreniminden geçmeye de gerek yoktur. Herkes bunu yapabilir. Jürilerin varlıklarını haklılaştırma nedeni de bu gerçeğe dayanır. Hukuk öğrenimi ve uzmanlığı, ancak olaya hukuka göre tanı koyma aşamasında aranır ve bu zorunludur.

Böylece yargılamanın ikinci evresine, yani çizelgenin sağ kesimine gelmiş oluyoruz.

¹⁶ Yineleme pahasına vurgulayalım ki, kesin hüküm karşılığı olarak Fransızca ve İtalyancada “yargılanmış şey/olay: chose jugée, cosa giudicata” denmesi, kanımızca daha yerindedir.

2- Hukuki tanı (teşhis, adlandırma) yargı(lama)sı

Hukuki tanı yargısı için elbette duruşma yapılmasına gerek yoktur.

Çünkü olay(lar) kanıtlanmamışsa sonuç bellidir. Olay(lar) kanıtlanmışsa, yargıç kapalı odasına, birden çoksa yargıçlar görüşme salonuna çekilecek, bu olayın yazılı hukukta nasıl değerlendirildiğine ve adlandırıldığına bakacak(lar)tır. Kanıtlanan olay, hırsızlıktır, dolandırıcılıktır, sahteciliktir, haksız eylemdir, boşanma nedenidir vb. diye bir tanı konulacaktır. Olayın hukuki adını (nomen juris) koymak için, artık tarafların hazır bulunmasına gerek yoktur. Açık, doğrudan, yoğun, yüz yüze, sözlü duruşma da gereksizdir. Yargıç(lar), yasalarla baş başadır; bu kez diyalaktığı, olay ve hukuk arasında kuracak(lar)tır. Duruşmayı yapan ya da yapmayan her yargıç buna yetkilidir. Ancak, bu hukuki tanıyı koyabilmek için, artık hukukçu, uzman olmak zorunludur.

Nitekim dünyanın her yerinde böyle yapılmaktadır.

Çizelgenin sağ tarafında yer alan hukuki tanı yargı(lama)sında bu gerçek, somut olarak görülmektedir. Demek, bu çizelgede duruşmada hazır olan yargıç (olay yargıcı) ile olmayan yargıç (yargıtay yargıcı) açısından olanaklar ve gereçler eş düzeydedir. O yüzden, hukuki tanı (değer) yargısına ulaşma konusunda her ikisi de tam yetkilidir.

B) Temyiz yoluna başvurmanın sonucu: Davayı aktarıcı etkinin (effet dévolutif) salt hukuka aykırılık ve olaya konulan hukuki tanıyla sınırlı olması ilkesi

Temyiz yoluna başvurmanın davayı aktarıcı etkisi (effet dévolutif) de, yukarıdaki gerekçe gereğince, yalnızca hukuka aykırılık ve olaya konulan hukuki tanıyla sınırlıdır. Yargıtay, hukuka aykırılığı ve hukuki tanıyı bütünüyle inceler; aynı olanaklara sahip olduğu için, ilk (olay) mahkemenin yerine geçerek başka bir tanıya ulaşabilir. Ancak, olay kesimi yargıtaya gelmez, gelemmez. Yargıtay olay mahkemesi değil, sadece hukuki derece mahkemesidir.

Özetle, *yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün yargıcıdır*. Matematik ve mantıksal kesinlikte bir sonuçtur, bu¹⁷. O nedenle de denmiştir ki;

-Yargıtay, yasanın yorumunu *her zaman* denetler.

-Yargıtay, olayların kanıtlanması yargısını *asla* kuramaz¹⁸.

¹⁷ İki bilim dalında, yani matematik ve mantıkta ulaşılan sonuçlar, evrende, nerede ve ne zaman olursu olsunlar, asla çürütülemez.

¹⁸ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Türk Yargıtayına yönelik 25.2.1997 tarihli raporunda bu husus, şöyle vurgulanmıştır: "... Komisyon, Türk hukukuna göre Yargıtayın işlevinin (rolünün); ilk/esas/karar mahkemesi tarafından verilen hükmün yasaya ve yargılama yöntemine

-Yargıtay, olayların nitelendirilmesini *kimi zaman* denetler. Sözelimi, Yargıtay, eylemin sövme mi eleştiri mi olduğunu her zaman denetler. Ama eylemin insan öldürmeye kalkışma mı, yoksa yaralama mı olduğuna, kasıt failin iç dünyasını ilgilendiren bir olay sorunu olduğundan, Yargıtay değil, duruşma yapan yargı organı karar verir¹⁹.

Şimdi şu sorulacaktır: Yargıtay olay yargılamasına hiç mi karışamayacaktır? Elbette karışacaktır. Ancak bu yalnızca bir denetleme olacaktır, asla ilk mahkemenin yerine geçerek, eylemin varlığı/yokluğu, sözelimi bir tanığın yalancılığı/içtenliği, kanıtların inandırıcılığı/kesinliği gibi yargılarda bulunamayacaktır. Çünkü bu yargıları oluşturacak gereçlerden ve olanaklardan yargıtay yargıcı yoksundur.

Olay yargılamasını denetlemenin boyutları, sınırları ise bellidir.

Yargıtay, ilkin, maddi olayların yargılama yasalarına uygun biçimde belirlenip belirlenmediğini inceleyecektir. Buna aykırılık (vitium in procedendo) söz konusu ise, karar elbette bozulacaktır.

İkinci olarak, sadece kurulan hükmün yargıcı olan yargıtay yargıcı, bu hükmün gerekçesini de inceleyecektir. Yargıtay, maddi olayların gerekçede yeterince yansıtılıp yansıtılmadığını ve yansıtılan maddi olaylara ilişkin kanıtların tartışılıp tartışılmadığını, bu tartışma yapılırken, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığını inceleyecektir. Eğer, gerekçede eksiklik, çelişki, yetersizlik varsa, hüküm yine bozulacaktır. Yargıtay, yasal, yargıçları yetiştirici (öğretim) görevini ve gerekçelerde disiplini sağlayıcı işlevini de böylece yerine getirmiş olacaktır. Ancak, Yargıtay, gerekçe denetimi bahanesiyle hiçbir suretle, olaya ilişkin kanı, gerçeklik yargısı oluşturarak kesin sonuçlara ulaşamayacak; hükmü gerekçe kusuru nedeniyle bozduktan sonra, yeniden duruşma yapması ve duruşmadan edindiği izlenime göre hüküm kurması için ilk mahkemeye geri yollayacaktır.

Bu sürecin özeti şudur: Yargıtay olayı belirleyen anlamda bir derece mahkemesi değil, salt hukukun ne olduğunu belirleyen bir hukuki derece ve dolayısıyla denetim/bozma mahkemesidir. İstinaf mahkemesi ise, kural olarak duruşma yaptığı için olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemede tam yetkilidir, dolayısıyla ikinci derece mahkemesidir. Tıpkı ilk mahkeme gibi, olaya uygun hukuk düzgüsünü de belirler. Yargıtay ise olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemez/belirleyemez, sadece konulan hukuki tanıyı/düzgüyü belirler.

Bu temel kurallara gelişmiş/gelişmemiş her ülkede büyük özen gösterilmektedir. O yüzden kaldırılan 1930 İtalyan Ceza Yargılama Yasası'nda "gerekçe eksikli-

uygunluğu hakkında karar vermekle sınırlı bulunduğunu ve yargıtayın kanıtların değerlendirilmesi ve de sanığın kişiliği konularında hüküm kuramayacağını anımsatır" (paragraf, n.100). "Yargıtayın olay değil, yalnızca (münhasıran) hukuk noktalarına ilişkin işlevini göz önünde tutarak..." (paragraf, n.100). (Ayrıca bk. "örnek karşıoy" paragrafı).

¹⁹ Jobar Bacheller/Xavier Bacheller, Technique de casation, Paris 1991, s.38.

ğini ya da çelişkinsini” bozma nedeni sayan madde bendinin (m.475/3), duruşmada belirlenecek ve değerlendirilecek olayla ilgili sorunlara yargıtayın el atmasını kolaylaştıracak bir Truva atı olacağı ileri sürülmüştür. Bugün dahi Cordero gibi bunu olay, gerçeklik yargılaması sayan ünlü hukukçular vardır. Ancak, İtalyan Yargıtayının duyarlılığı sayesinde bu sakınca gerçekleşmemiştir. Bu yüzden 24.10.1989’da yürürlüğe giren 1988 tarihli İtalyan Ceza Yargılama Yasası, suçlama (itham), yani Anglo-Sakson dizgesini ağırlıklı olarak benimsediği halde, bu anlayıştan vazgeçmemiş, Yasada “gerekçede eksiklik ve belirgin mantıksızlık” deyişine yer vermeyi uygun bulmuştur (m. 606/e)²⁰.

Bu konuda öncülük dünyanın ilk yargıtayı olan Fransız Yargıtayıdır. Aynı nedenlerle olayları gerekçe yoluyla Yargıtayın denetlemesi, önceleri yargıcın olayları belirlemedeki kanı özgürlüğünü sınırlıyor, duruşma yapmadığı halde “kapağı örtülü dosyayı karara bağlıyor”, yetkisini kötüye kullanıyor diye eleştirilmiş²¹, Yargıtay başkanlarından Bellet de böyle bir denetime karşı çıkmıştır. Ancak Fransız Yargıtayı yalnızca olay denetimi yapmış, ama asla olaylarla ilgili belirlemelerde bulunmamış; bu konuda asla karar vermemiştir. Bugün de öyledir. Özetle bu denetimin alanı saydamdır. Kül rengi değildir.

Fransa’da yaşanan bu gelişme, ikinci dünya savaşından sonra, Fransa çapında olmasa bile, Belçika, İsviçre, Almanya ve İsveç’te (ki bu ülkede yüksek mahkeme vardır) de görülmüştür²². 1974’te ilk kez Gerhard Fezer, dizgeli bir incelemeyle Almanya’daki gelişmeye parmak basmış, “genişletilmiş temyiz yetkisi” terimini²³ ortaya atmış ve Alman Federal Mahkemesinin (Yargıtay) salt hukuki inceleme yetkisini aşmayı meşrulaştırmak mı istediğini sorgulamıştır. Kleinknecht/Meyer Şerhinin 37. basısında²⁴, Fezer’in bu terimi kullanması eleştirilmiş, Löwe/Rosenberg’in Hanack tarafından hazırlanan şerhlerinin 1988 yılındaki 24. basısında, deneyim kuralına aykırılığın da gerekçe denetimi kapsamına girdiği belirtilmiştir. 1991’de Freiburg’da uzun uzun görüştüğümüz ve 2009’da yitirdiğimiz Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck de, Alman Federal Mahkemesinin olayları ve kanıtları asla değerlendirmedini ve bu konuda kanı yargısı oluşturmadığını, ancak gerekçe denetimi yaptığını ve Fransız Yargıtayıyla aynı duruşu sergilediğini belirtmiştir. O tarihte görüştüğümüz bütün hukukçular, Albin Eser, Gropp, alman Federal Mahkemesi 4. Ceza Dairesi Başkanı Jähnke de bunu doğrulamışlardır. Jähnke ayrıca, Fezer’in kendilerini uyardığını da açık yürekle belirtmiştir.

²⁰ Christiani, Manuela del nuovo processo penale, Torino, 1989, 448.

²¹ Pageaud, ileten: Boré, La cassation en matière pénale, Paris, 1985, n.3852.

²² Boré, n.3846; Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, Genève, 1981, s. 90.

²³ Bir yargı yılı (1988) açış konuşmasında, “Yargıtaya genişletilmiş bir temyiz yolunun açılarak” maddi olayı en geniş biçimde inceleme olanağının sağlanması istenmiştir. Bu şaşılacak bir durumdur. Çünkü maddi olayı eylemli olarak esasen değerlendiren bir organın yetkisinin genişletilmesinden değil, tam tersine olsa olsa daraltılmasından söz edilebilir.

²⁴ 1987, m. 337.

Yargılama yasalarımıza göre, Türk Yargıtayı için de durum aynıdır.

Doğrusu da budur. Duruşma yapmayan Yargıtay, hiçbir ülkede olayları hükme bağlamaz, bağlayamaz. Yalnızca gerekçe denetimi yapar. Denetim başka şeydir; ilk mahkemenin yerine geçerek olay hakkında hüküm kurmak büsbütün başka şeydir.

Salt hukukta eşitlik, içtihatla birörnekligi; yargısal görüşlerde, içtihatlarda birörneklilik, tekdüzelik her ülkede yargıtayın biricikliği/tekligi ilkesini doğurmuştur, zorlamış; yargıtay kurumu da tek olmuştur. Gerçekten birörneklilik, aynı olayın sonsuza dek çeşitlenen türlerinde bile asla görülemeyen; yalnızca hukuki kavram ve yorumlarda sağlanabilen bir olgudur. O yüzden olayı öğrenme (cognizione) yargılama yapan olay (ilk/istinaf) mahkemeleri her ülkede çoktur. Olay yargılaması (duruşma) yapmayan ve bu nedenle de tek olup yargısal görüşlerde/içtihatlarda birliği sağlayan yargıtay ise her ülkede tektir; dolayısıyla yargıtayın olayı denetleme yetkisi de, gerekçeyle sınırlıdır; olayları kesin kararları bağlayıp çözmesi mantık ve doğa yasalarına aykırıdır, dolayısıyla olanaksızdır.

Nasıl belli ortamda saf suyun yüz derecede kaynaması önlenemezse, neden-sonuç (zorunluluk) ilişkisi içinde çürütülemez nitelikteki matematik ve mantıksal kesinlikle eşyanın doğasından çıkan bu sonuçlar da değiştirilemez. “Bize özgü” ya da “biz bize benzeriz” yollu sığ/yüzeysel bahanelerle bilime karşı çıkılamaz. Bilim kumar oynamaz, buna izin de vermez. Buna kalkılırsa bedeli ağır ödenir. Nitekim Türkiye, Yargıtayda bir buçuk milyona dayanan dava dosyasıyla, bunun bedelini fazlasıyla ödemektedir.

Dünyada bu bedeli ödemeyi göze alan tek ülke yoktur. Yalnız bizimki gibi bozma mahkemesi (yargıtay) dizgesini benimseyenler değil; istinaf, yani duruşma yoluyla olay yargılaması yapabilen yüksek mahkeme dizgesini benimseyen ülkelerde bile bu kurallara kesinkes uyulmaktadır. Sözgelimi, Kanada Yüksek Mahkemesi, Kuruluş Yasası'na göre, ceza ve hukukta tam istinaf yetkisine sahiptir (m. 34, 52). Dokuz yargıçtan oluşur. Bunlardan Yargıç C. D. Gonthier, Yüksek Mahkemenin bu yetkisini hemen hemen hiç kullanmadığını, duruşma yapmadığı için de kanıt değerlendirmesine girerek olaya ilişkin hüküm kurmadığını, Yüksek Mahkemedeki görüşmemiz sırasında, kesin bir dille açıklamıştır. ABD, Hollanda, İngiltere, İrlanda, Romanya, Louisiana, Japonya, Fildişi Kıyısı²⁵ gibi ülkelerdeki yüksek mahkemelerde de durum böyledir.

Bozma mahkemelerinde (yargıtay) ise her zaman böyledir. Sözgelimi, Avrupa ülkeleri Almanya, Fransa, Belçika, İsviçre, İspanya, Rusya, Polonya, İtalya, Latin Amerika ülkeleri Venezüella, Uruguay, Kolombiya, Peru, Meksika, Guatemala, Dominik, Şili, Afrika ülkeleri Fas, Kongo, Kamerun, Belçika Kongosu (Zaire) gibi.

²⁵ Bu konuda yetkin bir örnek olan Fransa'daki durum için bk. Selçuk, Les voies de recours en France, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, XIV, 1-4 (Ocak/Aralık 1990), 119-184.

Yer darlığından, yararlandığımız ya da dört ülkede görüştüğümüz yazarların ve yargıçların yalnızca sayılarıyla yetindik, adlarını veremedik. 28 ülke ve iki yüze yakın kaynağa başvurduk. Bunları ilerideki bir incelememizde ayrıntılı olarak belirteceğiz.

Bütün bu ülkelerde, bütün kaynaklar derler (ve yargıçlar uygulayıcılar) ki, yargıtayın, kavram ve kurum olarak tam anlamıyla yargıtay olabilmesi ve böyle kalabilmesi için, olmazsa olmaz (sine qua non) en az koşul, incelemesini hukuk alanı içinde yapması, kanıt değerlendirmesine asla gir(e)memesi ve olaya ilişkin hüküm kur(a)mamasıdır. Yargıtayların üye, daire, gelen dava sayıları, yani biçimler az çok değişebilmektedir. Ama bu temel ilke hiç mi hiç değişmemektedir ve bu ilkeye ödün verilmeksizin uyulmaktadır. Çünkü yargıtayların ülke boyutunda hukukta birlik, bütünlük, tekdüze yorum ve uygulamayı ve bunlarda sürekliliği gerçekleştiren düzgüsel (normatif) ve gerekçelerde tutarlılığı sağlayan disiplin ölgövelerini (misyon) yapabilmeleri, bu ilkedan sapmamaya bağlıdır. O yüzden kim ki, duruşma yapmayan bir yargıtayın kanıtları değerlendirdiğini ve istinaf/temyiz işlevlerini birlikte yerine getirdiğini söyler; yalnızca hukuka, bilime, mantığa, eşyanın doğasına, dünyaya ters düşmüş olmakla kalmaz; bir olmazın, yeryüzünde örneği görülmemeyen bir dizgesiz yapılanmanın getireceği tehlikeleri de göze almış, temyiz yolu kavramının ve kurumunun özünü hiç kavramadığını da dile getirmiş olur.

“Yargıtay, davanın değil, hükmün yargıcısıdır” ilkesinin önemli bir sonucu da şudur: Bir iddia (olay, işlem, eylem, suç) nedeniyle açılan dava hakkında hüküm kurulmamışsa, yargıtayın inceleme yapacağı konu da artık yok demektir. Sözgelimi, bir ceza davasında konut dokunulmazlığını bozma ve yaralama suçlarından ya da hukuk davasında taşınmaz boşaltma ve kiraya artırma nedenlerinden iki dava açılmış ve fakat yargıç bunlardan yalnız biri hakkında hüküm kurmuş, öbürü hakkında, çoğu kez görüldüğü gibi unutarak, hüküm kurmamış olabilir. Uygulamada sık yaşanan durumlardan biridir, bu. Bu durumda çoğu kez taraflardan biri (katılan, savcı, davacı), kararı “hüküm kurulmaması” nedeniyle temyiz eder. Böyle bir durumda elbette kurulan tek bir hüküm vardır, o hüküm de temyize konu olmamışsa asla bozulamaz. Çünkü her dava ve hakkında kurulan her hüküm, öbür dava ve hüküm karşısında bağımsızdır. Bir başka dava hakkında karar verilmedi ve sonuçlanmadı diye, sonuçlanan davanın kararı bozulamaz. Hüküm kurulmayan dava aleyhine temyiz gidilmişse, Yargıtay, temyiz incelemesine konu hüküm bulunmadığından “karar vermeye yer olmadığına” (non-lieu à statuer) ilişkin bir karar vermekle yetinmek zorundadır. Bu türden bir karar, ilk mahkemeyi ve ilgilileri uyarmaya yeterli olacaktır. Bizde ise, “yargıtay davanın değil, hükmün yargıcısıdır” ve “hükümlerin bağımsızlıkları” ilkeleri gözetenmediğinden, açılan dava hakkında hüküm kurulmadığı gerekçesiyle çoğu kez doğru ve yerinde olan öbür hükümlerin de bozulduğu gözlenmektedir. Bu tutum, mantık dışı ve dolayısıyla hukuka aykırıdır²⁶.

²⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 1990’lı yıllarda açılan davalardan biri hakkında hüküm kurulmadığı takdirde, buna yönelik temyizde şöyle karar vermektedir: “Sanık hakkında yaralama suçundan açılan

V- YARGITAYIN İŞLEVLERİNE GÖRE DENETİMİ

Yargıtayın işlevlerini ve yukarıdaki bilgileri gözeterek yapabileceği bozmaları aşağıdaki biçimde özetlemek olanaklıdır.

A-Düğüsel (normatif) işlevi sağlayan bozma nedenleri

1-Hukuk kuralını bilmeme (méconnaissance d'une règle de droit)

a-Yargılama yasaının hükümlerine uymama (vitium procedendi).

b-Hukuk kuralını hiç uygulamama (vitium iudicando).

c- Hukuk kuralını yanlış algılayıp, yanlış uygulama (vitium iudicando).

d-Yetki aşımına (excès de pouvoir, eccesso di potere) düşme. Sözügelimi, uygulanan yasaı kararda eleştirmek ya da taraflar hakkında incitici değer yargılarında bulunmak.

Bu sonuncusu, yargıtayın daha çok disiplin işleviyle de ilgilidir.

2- Hukuk kuralını bilmemenin dışında kalan durumlar ve nedenler

a-Özü/niteliğı başkalaştırma/değıştirme (dénaturation, denaturazione). Olayın, davanın temel verilerinin anlamını değışik ve özüne ters düşen biçimde algılama. Takdir hakkı, elbette böyle bir algılamaya izin veremez.

b-Bağdaşmaz kararlar verme (contradiction [contrariété] de jugements, decisioni contrastanti).

c-Hukuksal dayanaktan yoksunluk (la perte de fondement juridique). Kararın dayanağını oluşturan yasama ya da yürütme işleminin kalkması yahut da bir belgenin sahteliğinin belirlenmiş olması gibi.

B-Gerekçede disiplin işlevini, tutarlılığı sağlayan bozma nedenleri

Gerekçelerde disiplini, tutarlılığı sağlamak, yargıtayın gerekçe denetimini çok dikkatli yapmasıyla olanaklıdır.

ve henüz sonuçlanmamış bulunan kamu davası hakkında zamanaşımı içinde hüküm kurulabileceğı ve yasa yoluna konu bir hüküm de bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz davası isteğı hakkında "KARAR VERMEYE YER OLMADIĞINA ve dosyanın incelenmesizin karar mahkemesine GERİ GÖNDERİLMESİNE" (Y.4.C.D., 24.9.1991, 4336-5167, 19.12.1991, 7050-8124). Geri gönderme kararı üzerine, dava sürdüğünden, elbette yargılama da sürecek ve bir karar verilecektir. Bu durumda elbette yerel mahkeme davadan elini çekmiş olamaz. Hukukta konu yahut da cezada sanık ya da suç çokluğu nedenleriyle birden çok dava açılmış, hepsi hakkında hükmün kurulmuşsa ve hepsi temyiz edilmişse, bunlar birbirlerinden bağımsız olarak denetlenecektir. Bu yüzden de bozma ya da onama kararları ayrı ayrı olacaktır. Hepsi hukuka uygunsa, tekil değıl, çoğul anlatım kullanılacak ve "temyiz davalarının esasen reddiyle hükümlerin onanmalarına" diye karar verilecektir.

Yargıda her istek bir dava, her dava çözülmesi gerek bir sorun olduğuna göre, her davanın gerekçesi olmak zorundadır. Gerekçe, yargısal etkinliğin sürecini ve sonuçlarını yansıtan eksikliklerden ve fazlalıklardan arınmış bir yapıt olmalı, herkesi doyurmalıdır.

Yargı kararı, bir teorem değil, gelişen bir buluştur²⁷.

Kurulan yargı kararının demokratik denetimi ancak gerekçe yoluyla sağlanabilir. Gerekçe, tartışmacı demokrasinin güvencesidir, eşsiz bir fetihtir.

Kurulan hükmü beslemeyen bir gerekçe yetersizdir²⁸.

Ancak Yargıtay, gerekçe denetimini yaparken yollama yargısının olayı/kanıtları değerlendirme ölçütlerini ve yetkisini dondurmamaya özen göstermelidir. Bu bilinçle davranılmazsa, yollama yargılaması/duruşması, göstermelik bir törene dönüşür. Bu ise hukuka aykırıdır, tehlikelidir.

1-Yasal dayanaktan yoksunluk (le défaut (le manque) de base légale)

Mahkeme bir yasayı çığnememiştir. Ancak anlatımları (énonciation) anlaşılabilir nitelikte olduğundan Yargıtay, çözümün hukuk kurallarına uygun olup olmadığını denetleyememektedir. Sözgelimi, hangi hükmün hangi olayla ilgili olduğu anlaşılammaktadır. Bir başka deyişle temyiz olunan kararın nedenceleri (motifleri) davada söz konusu yasa maddesinin uygulanmasını haklı kılan öğelerini bilmeye ve öğrenmeye olanak vermemekte, desteklemeler yetersiz kalmaktadır.

2-Gerekçe kusurları (vices de motivation)

a-Uyuşmazlıkla ilgili veriler, öğeler, taraf itirazları yeterince sergilenmemiştir (non exposé des données du litige et/ou des moyens des parties). Unutulmamalıdır ki, yargılamada, her istek bir davadır ve bir kararı gerektirir (tot capita, tot sententia).

b-Gerekçe yokluğu (le défaut de motifs [ou défaut de rationalité de motivation], la mancanza di motivazione). Yargıtay denetimi için gerekçe tam olmalıdır. Ancak, yönetsel yargı işlemleri, mutlak takdir yetkisi (pouvoir discrétionnaire) gibi hiçbir gerekçe istemeyenler ya da bir başka hükmün sonucu olan örtülü (zımnı) gerekçe (motif implicite) durumları ayrıktır. Bu konuda ölçüt şu olmalıdır: Kararın alınıyazısını etkileyen her yargıya (conclusion) yargıç yanıt vermek zorundadır.

²⁷ Mimin, Le style des jugements, Paris, 1978, s. 337.

²⁸ Gerekçe hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Evangelista, Motivazione della sentenza civile, Enciclopedia del diritto, XXVII, Torino, 1977, s. 154-180; Amodio, Motivazione della sentenza penale, aynı yapıt, s. 181-257; Giannini, Motivazione della sentenza amministrativo, aynı yapıt, s. 257-269; Feteris, (Ertuğrul Uzun), Hukuki Argümantasyonun Temelleri, İstanbul, 2010; Şeker, Esbab-ı Mucibeden Retoriğe, Hukukta Gerekçe, İstanbul, 2010.

Gerekçeler davaya uygulanabilir olmadıkları takdirde de yok sayılır (Le défaut de rappel des parties)²⁹.

c-Gerekçe yetersizliği (insuffisance de motifs, la motivazione insufficiente). Yanıtlar belirsizdir. Gerekçe hüküm fıkrasına yetmemekte, onu beslememektedir.

d-Gerekçe kapaludur, açık değildir. Savı kanıtsama (pétition de principe, müsadere ale-l matlûb) yöntemi ya da genel afaki/anonim deyişler kullanılmıştır. Olaylar yeterince betimlenmemiştir. Denetim olanaksızlaştırılmıştır (simple affirmation ou motif d'ordre général).

e-Kuşku verici gerekçe (motif dubitatif). Duraksamalar sergilenmiş, kabul ile ret arasında bocalanmış, “öyle geliyor ki...” gibi kuşkulu anlatımlara yer verilmiş, mahkemenin doyurucu sonuçlara ulaşamadığını sergileyen kuşkulu önerilere (proposition dubitative) yaslanılmış, çözümün sağlamlığı gölgelenmiştir.

Ancak bunlar, fazladan nedenceler (motif surabondant), yani öbür nedence(ler) in yetmesi durumunda ya da sonuca etkisiz nedence (motif inopérant) yahut da maddi yanılıyla ilgili olsa da sonuca etkisiz ise bozma nedeni yapılmamalıdır.

“Savsama ya da önlemsizlik” gibi seçenekli önermeler de böyledir. Yeter ki, bunlar “ve” bağlacıyla bağlanmış olsun.

f-Varsayıma dayalı gerekçe (motif hypothétique), kuşkulu gerekçeden farklıdır. Ulaşılan hukuki çıkarım/sonuç (déduction juridique) belirsiz değildir. Karar, kanıtlanmamış bir olayın varsayımına ya da kestirimine dayanır. Ancak, bir önceki kuşku verici gerekçe gibi, bu durumda da fazladan ve etkisiz nedenceler söz konusu ise, hüküm bozulmamalıdır.

g-Çelişik gerekçeler (motifs contradictoires) ve türleri:

aa-Çelişki, gerekçe (motif) kesiminde ise, durum şudur: İki çelişik nedence birbiriyel elbette bağdaşamaz. Ancak her çelişki bozma nedeni değildir, olmamalıdır. Sözgelimi, usavurma kusuru (fikrî çelişki) hükmü bozmayı gerektirmez. Hükmü bozmak için çelişkinin olaylara ilişkin (maddi çelişki) olması gerekir. Olaylardan çıkan hukuki sonuç çelişkisi bozmak için yeterli değildir. Ayrıca bu çelişki, kararın bozulabilmesi için, fazladan (surabondant) ya da etkisiz (inopérant) olmamalıdır.

bb-Çelişki, gerekçe (motif) ile hüküm fıkrası (dispositif) arasında ise hüküm mutlaka bozulmalıdır.

cc-Çelişki, hüküm fıkrasının (dispositif) öğeleri (chef) arasında ise hüküm yine bozulmalıdır.

Çelişik nedenceler birbirlerini karşılıklı olarak yok ettikleri için, hüküm gerekçeden yoksun sayılır ve de öyledir. Bu nedenle bozulması gerekir. (Les motifs

²⁹ Ayrıca bu yazının “çelişki” bölümüne bakınız.

contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien. –La contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l'absence) de motifs).

b-Alıntılanan gerekçe (motifs pris d'une autre décision). Bir başka karardan alıntılanan gerekçe de bozma nedenidir. Çünkü her yargı kararı kendi kendine yetmelidir (Toute décision de justice doit se suffire à elle-même). Bu başka kararın, daha önce ya da birlikte (müterafik, concomitant) olması önemli değildir.

Şu ek bilgiyle bu konuya son verebiliriz: Gereksiz/fazladan nedenceden (motif surabondant) amaç şudur: Başka nedenceler zorunlu olarak aynı sonuca ulaştıkları takdirde, kuşkulu, varsayımlı ve çelişik bir gerekçe gereksizleşir ve bozma nedeni olmaz.

Etkisiz nedenceden (motif inopérant) amaç ise şudur: Salt düzeltilerle (réctification), maddi yanılıyla ilgili, temyize başvuran yararına ya da çözümde sonuca etkisiz yahut da yerine bir başka nedencenin geçebileceği nedence (motif substitué).

Yerine geçilebilen nedence (motif substitué) ayrıktır ve şu koşulları taşır: Birinci olarak, eleştirilen ile yerine geçirilen ve geçen nedence salt hukuki olmalıdır. Yargıtay olaya ilişkin nedencede yine ilk mahkemenin yerine asla geçemez. İkinci olarak, yerine geçilen gerekçe, yargıcın özgürce saptayıp özgürce değerlendirdiği eylemlere dayanan hukuki nedencedir. Olaylara ilişkin gerekçe her tür kusurdan/yanılığdan uzak olmalıdır. Üçüncü olarak, bu nedencenin ortaya çıkardığı karar da salt hukuki olmalıdır. Bu koşullarla salt hukuki nedence, ancak ilk mahkeme nedencesinin yerine geçebilir.

VI- YARGITAYIN OLAYA İLİŞKİN KANI YARGISI KURMASININ KAÇINILAMAZ SANCILI SONUÇLARI/AÇMAZLARI/TEHLİKELERİ

A) Yargılama boyutuna yansıyan sonuçlar/açmazlar/tehlikeler

1-Duruşma evresi anlamsızlaşır, gereksizleşir, hiçleşir

Daha önce söylendiği gibi, yargılamanın en önemli evresi duruşmadır. Bu evre, belli ve zorunlu ilkelere göre, somut dünyada gerçekleşmiş eylem, olay, olgu, fenomenin gerçeğe yakın bir biçimde yeniden yaşanması için icat edilmiştir ve insanlığın en başarılı buluşlarından biridir ve “dava” kavramının odağında yer alır. Duruşmasız yargılama, yargılama değildir; o artık başka bir şeydir. Duruşma ve kanı yargısı, bütün kuralların, tartışmaların, vazgeçilemez temel ilkelerin hep birlikte oluşturmak için seferber edildikleri bu evrenin sonunda oluşur. Özünde yargılama, özellikle duruşma, kırılğan bir kuşku (soupçon) ile başlar. Duruşmanın vazgeçilemez ilkelere uyulduğu ve bu kırılğan kuşkunun en uygar toplum-

larda bile ancak bir ölçüde sağlıklı olarak gerçekleştirilebildiği unutulmamalıdır. Özellikle ceza davalarında en önemli kanıt kaynağı tanıklıktır. “Tanıklık (ise), Paul Ricœur’ün dediği gibi, kırılğan kuşunun sürekli tehdidi altındadır”³⁰. Böyle bir dünyada bizdeki biçimde gerçekleşen duruşmanın ve vicdani kanı yargısının yerine tez/antitezin temsilcisi olan tarafların bulunmadığı kapalı odalarda, sözlülük, yüz yüze olma, doğrudanlık, açıklık, yoğunluk ilkelerini yıkma pahasına, cansız tutanaklardan sezgi gücüyle çıkarılan tutanak bağımlısı yargılar geçerse, duruşma yapmanın hiçbir anlamı kalmaz. Bozmadan sonra yapılan duruşmalı yollama yargılaması da gereksizleşir. Gerek duruşma, gerek yollama yargılaması, hepsi de davayı uzatan avare kasnak gibi gereksiz/anlamsız birer evre olup çıkar.

İnsanlığın hukuktaki onca ilerlemesine, özellikle Anglo-Sakson ve Kara Avrupası ülkelerinde duruşma diyalektiğinin çok başarılı olarak gerçekleştirilmesine karşın bütün dünyada duruşmalar, sokaktaki insan için hiçbir zaman doyurucu olmamıştır. Bu yüzden 19. yüzyılda Yazar Ambrose Gwinnet Bierce (1842-1914), “Dava (duruşma anlamında), domuz olarak girilip sosis olarak çıktığımız bir düzeneiktir” demişti. Böyle bir dünyada ve bütün bunların ışığında Bierce, bizdeki ilkesizliklerle dolu kırık dökük uygulamayı, insan olarak girilip yara bere içinde ruhsuz bir nesne gibi çıkılan duruşmayı görseydi kim bilir ne derdi?! Bunu düşünmek bile korkutucudur.

Eğer denetim organı olan yargıtay, açık duruşma sonunda çözülecek olaya ilişkin sorunları duruşmasız da çözebilecekse, açık duruşma yapıp insanları apar topar çağırmaya, tedirgin etmeye, onca yorgunluğa ve zaman yitirmeye ne gerek vardır? Bir yargıcın soruşturmayı yapması, kanıtları toplaması, kanısın içeren bir özetle (fezleke) dosyayı yargıtaya yollaması yeterli olamaz mı?

Günümüzde Türk Yargıtayı, acıyla belirtelim ki, bu soruya dolanlı biçimde ve eylemli olarak “yeterlidir” yanıtını vermiştir ve bu konuda yeryüzünde tektir.

Oysa duruşma yapmadan olaya ilişkin kanı yargısı oluşturmanın sakıncaları saymakla bitmez:

a-Yetersiz araçlarla olay yargısı kurulur. Gerçekten duruşma yapmadığı için daha yetersiz araçlarla, olanaklarla yetinmek zorunda kalan yargıtay yargıcının yargısı, duruşma laboratuvarında daha yetkin araçlar ve olanaklarla donatılan duruşma yargıcının yargısının yerine geçmiş olur. Bu, tıpkı hastasını doğrudan muayene eden hekimin tanısına telefonla aldığı bilgiye göre sonuçlar çıkararak hekimin tanısını üstün tutmaya benzer. Kılıcın ya da okun atomu yenmesi gibi, kapalı dosya tutanakları, açık yargılamanın gerçek kanıtlarını ve izlenimlerini yenmiştir. Özetle en önemlisi de ***“yargıladığın oranda daha sonuç çıkar” (tantum judicatum, quantum conclusum)*** hukuk ve mantık kuralı dışlanmış, çiğnenmiştir.

³⁰ Ricœur, Soi-même comme un autre, Paris, 1990, s. 34.

b-Adli yargı olasılığı artar: Çünkü olaya ilişkin kanı yargısı, adı üstünde, ancak kanı oluşturan kanıtlarla doğrudan ilişki kurularak oluşturulursa, sağlıklı olabilir. Kovanı dışında bal arısı nasıl sıradan, niteliksiz bir arıysa, duruşma dışında oluşturulan olay yargısı da, kusurlarla yüklü niteliksiz bir yargıdır. Ulaşılan sonuç da, özünde gerçek bile değildir, görünüşte, aldatıcı bir kurgudur, düştür. Çünkü “gerçeğin kalitesi, her zaman bir olayı aydınlatma amacına hizmet eden yargılamanın kalitesine bağlıdır.”³¹

c-Yöntem saptırmalarıyla duruşma yapılır: Olaya ilişkin kendi kanı yargılarının değersizleştiğini gören ilk derece (olay) yargıçları, ciddi duruşma yapmazlar. Yargılama yöntemi saptırmalarına (détournement de procédure), boş vericiliğe sık sık başvurulur. Tarafları, tanıkları özenle dinleyecek yerde, bizim icadımız “gereği düşünüldü”lerle bol oturumlu tartışmasız duruşmalarda “eski anlatımımı yinelerim”li, “eski tutanaklar okundu”lu³² tutanak düzenlemeleriyle yetinirler. Yargıçlar, insanlarla (taraflar, tanıklar) ve olayla diyalektik kuracak yerde, tutanaklarla, yazmanla (kâtip) boğuşurlar. Çoğu yargıç, olay sorunlarının çözümünü yargıtaya bırakır, kolaycılığa kaçır. Her yargı kararı, gerekçesinde sorunları tek tek yanıtlayıp çözen, mantıki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıt olmak zorundadır³³. Ama böyle olmaz ülkemizde. Değil mi ki, olaya ilişkin kanı yargısı kapalı dosya tutanaklarına göre oluşturuluyor, öyleyse “dosya içeriğine göre”li gerekçeler niye yetmesin? Yasalar istedikleri kadar “kanıtların tartışılmasından, ret ve üstün tutma nedenlerinden” (Eski HYY, m. 388/3, Yeni HYY, benzeri m. 297/c), “hükmün gerekçesinden” ve “gerekçesizliğin” kesin bozma nedeni olduğundan (Anayasa, md.141/3, CYY, m. 34, 230, 232, 289/g) söz etsin, “iddiaya, dosya içeriğine göre”li ve bu suretle kusurları peçeleyen³⁴ görünüşte gerekçeler, açık vermemek kaygısıyla, ilk mahkemelerce bir kurtarıcı gibi yeğlenir. Elbette böyle bir süreçte ne duruşma bilinci ne de gerekçeli karar bilinci oluşur. Nitekim oluşmamıştır.

Duruşmaya katılmamış bir yargıcın tutanaklara göre olaya ilişkin karar vermesinin kesin hiçlik (butlan, nullité, nullità) nedeni sayıldığı bir dünyada, “görünüşte

³¹ Yücel, M. Tören, Ceza Davalarında Ölçütler ve Sapmalar-1, Güncel Hukuk, Şubat 2013/2, sayı 110, s. 42

³² Yargıtay, duruşma oturumlarında eski yargıç(lar)ın yerine yeni yargıç(lar) katıldığı zaman, “yargıç değişikliği nedeniyle eski tutanaklar okundu” sözlerinin tutanağa geçirilmemesini sürekli bozma nedeni olarak görmüş, bu suretle adeta tutanak okuyarak vicdani yargı oluşturulmasını, duruşmanın dışlanması özendirmiştir. Bu acı bir gerçektir. Dünyanın hiçbir ülkesinde duruşma yargıcı değiştirilemez. Duruşma yargıcı; hastalık, ölüm gibi bir olay sonucu duruşmayı sürdürmezse duruşma kaldığı yerden sürmez, süremez; bütün dünyada yeni yargıç(lar) ile duruşma yeni baştan yapılır. Bu, bir. Uygulamada “yargıç değişikliği nedeniyle eski tutanaklar okundu” sözlerinin gerekçesine ise hiçbir zaman uyulmaz, uyulmamıştır. Gerçekten bu tutanaklar uygulamada hiç okunmaz, o sözler de sahte bir anlatım olarak kalır. Kimse kendini aldatmasın. Bu da, iki. Demek, bizdeki durum, sadece görünüşte duruşmanın da ötesinde kınanasi bir yalandır, aldatmacadır. Bundan kesinlikle vazgeçilmelidir.

³³ İtalyan Yargıtayı, 20.12.1989

³⁴ Boré, n.1379.

duruşma”nın (dibattimento apparente) da ötesinde, duruşma yapmamışların yargısı, elbette haydi haydi (a fortiori) geçersizdir.

d-Yargıçların gelişmeleri engellenir: Gereksizliğin doğurduğu bir sakınca da, yargıtayın yargı insanlarını yetiştirici (öğretici, pedagojik) ve disiplin özgörevlerini yerine getirememesi yüzünden hukukçuların sağlıklı gerekçe geçelerine, bilimsel yapıtlara başvurmamasıdır. Bu olgu, yargıçların gelişmelerini de önlemektedir.

e-Soruşturma dizgesine (tahkik sistemi, engizisyon sistemi) dönülmüş olur: Diyalektiğin en parlak biçimde gerçekleştiği duruşmanın olmazsa olmaz (sine qua non) ve birbirinden ayrıştırılmaz ilkelerine uyulmadığı takdirde, görünüşte/gelişigüzel bir duruşma yapılmış olur. Yukarıda belirtildiği üzere, bu ilkelere boş veren bir duruşmada oluşturulan vicdani kanı, ahlakiliğini ve inandırıcılığını yitirir, son çözümlemede ortaçağda en acımasız biçimde yaşanan “soruşturma dizgesi”ne (tahkik sistemi, engizisyon sistemi) dönülmüş olur. Görünüşte duruşmanın, görünüşte gerekçenin (daha doğrusu gereksizliğin) ve yargıtay bile olsa kapalı odalarda gizli olay yargısı oluşturmanın, yani bu üç olgunun/etkenin birleşmesiyle varılacak noktanın ne olduğunu bilmek isteyenler, şu iki kaynağa başvurabilirler: Picca- Colbert, La Cour de cassation, 1986, s. 35 ve 2.4.1941 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararındaki Fahrettin Bey’in konuşması.

Ceza yargılama hukukunda özellikle karma dizgeyi benimseyen ülkemizde, bu dizge bir yana bırakılmış, eylemli olarak soruşturma dizgesine dönülmüştür. Bunu başaran organın yüksek bir yargı organı olması ise çok üzücü ve düşündürücüdür.

2-Gereksizlik ya da görünüşte gerekçe, gizli adalettir

Şu noktayı hiç kimse gözden ırak tutmamalıdır: Gereksizlik ya da gizli gerekçe, yargıya başvuranların adil yargılanma haklarını “hile-i şer’iye” ile yıkan gizli bir adalettir. Bu nedenle anayasalarda kararların gerekçeli olması buyrulmuştur (md.141/3). Gerekçeli karar 1789 Fransız Devriminin adalet yolunda eşsiz bir fetihdir.³⁵

B-Yargıtay boyutuna yansıyan sonuçlar/açmazlar/tehlikeler

1-İlk (olay) mahkemede sonuç alamayanlar, Yargıtayda olaya ilişkin vicdani kanı yargısını kendi yararlarına çevirmeye çalışırlar. Nelerin tartışıldığı bilinmediğinden, kuşkulu gizli oturum yargıları, sonuçta yargıtayın saygınlığını ve güvenilirliğini örseler. Nitekim ülkemizde yaşanan olgulardan birisi ve birincisi budur.

2-Yargıtaya gelen dava sayısı artar. Bu yüzden işi çoğalan ve bundan bunalan yargıtay, anayasaya karşın, temyiz edilen sorunları bir bir karşılayan gerekçeler yerine, zaman darlığı nedeniyle, toptancı ve ilk mahkeme kararına yollamalı ge-

³⁵ Boré, n.1986.

rekçelerle yetinmeye zorlanır. Bunun çaresi bellidir. Bu çare doğrultusunda çözüm getirecek yerde, gerekçesizliği savunmak, yanlışla yanlışla savunmaktır. Yukarıda değinildiği üzere, ülkemizde yaşanan bu olgu, yani dünya yargıtaylarına gelen dava sayısına yakın dava dosyası Türk Yargıtayını yargıtay olmaktan çıkarmış; bu şişkinlik/obezite, niteliğin niceliğe kıymasına yol açmıştır. Çok söze ne gerek var? Anlayanlar için, yargılananlar ve yargılananlar için bu bir yıkımdır.

3-Temyiz yolu, kamu yararı yerine taraf (kişi) yararına işler, yörüngesinden uzaklaşır. Nitekim ülkemizde uzaklaşmıştır.

4-Yargıtay özgörevlerini yerine getiremez; içtihat mahkemesi olmaktan çıkar, başarısızlığa mahkûm olur. Bu koşullarda Yargıtay, nicelik açısından çok iş çıkarılabilir, günümüzde olduğu gibi çıkarır da. Nitelik açısından da belki pek az kararında çağcıl hukuku yakalayabilir de. Ama bütünüyle asla başarılı olamaz. Esasen bunun için zaman da yetmez. Bu olgu da ülkemizde çarpıcı olarak yaşanmaktadır.

Kimse kendini aldatmasın. Kimi sonuçlar, genellemelerle büyütülerek, gerçek örtülemez. Mesafeli, önyargısız, metodik yaklaşımlarla yapılacak bir karşılaştırmalı hukuk çalışması, Yargıtayın başarısının derecesini ortaya koyacaktır. Bunu, karşılaştırmalı hukuk çalışması yapan yansız bilim adamlarına bırakmak, dizgesizliğin kurumsallaşmasına destek olmamak gerekir. Yargıtay iş bitirme mahkemesi değil, hukuksal görüş/içtihat mahkemesidir.

C) Hukuk boyutuna yansıyan sonuçlar/açmazlar/tehlikeler

Hukuk boyutundaki sonuçlar/açmazlar/tehlikeler de ağırdır.

1-Kesin hükme (yargılanmış şey) saygı azalır ve hukuk işlevini yitirir.

Çünkü görünüşte değil, ancak diyalektiği sağlayan doğru ve gerçek duruşma, düşünceler cumhuriyetini somutlaştırarak çoğul “cogito” mucizesini gerçekleştirdiği için, olaya ilişkin vicdani kanı yargısının oluşmasında duruşmaya katılan herkesin payı vardır. Yargılama kırılğan kuşku ile başlar. Kuşku, duruşma sayesinde bir kişiyle değil, birlikte yenilmiş olur. “**Kanı**” (**kanaat, conviction**) **terimi**, bu yüzden, Latince “**birlikte yenmek**” (**cum vincere**) sözcüklerinden oluşmuştur. Ancak bu yargı, duruşmada değil de, duruşmasız kapalı bir odada oluşursa, onun oluşmasında kimsenin payı ve dolayısıyla birlikte yenme olgusu bulunmayacak, bu nedenle de ona kimse sahip çıkmayacak, dahası kuşkuyla bakacaktır. Çünkü kimsenin benimsediği bu yargı, artık bir başkasının yargısıdır. Böyle bir yargıya elbette hiç kimse sahip çıkmaz ve saygı göstermez, göstermesi de beklenemez. Böylece kesin hükmün yetkisi (otorite) ve etkisi de yok olup gider. Toplumumuz bunu sürekli yaşamaktadır.

Şu unutulmamalıdır: Her bozma kararında, adli yanığı olasılığının katsayısı her zaman çoktur. Çünkü yargılanan olay değişmediği halde, kanıtları değerlendir-

dirme değişik ve ulaşılan sonuç, başka olmuştur. Bunu yaşanan somut bir olayla açıklamak yararlı olacaktır. İddia, sarkıntılıktır, yeni yasal düzenlemeye göre cinsel tacizdir. Yerel mahkeme, olayın kanıtlandığı sonucuna ulaşmıştır. Özel Daire ise, alışıldığı üzere, olayın belirlenmesi konusunda ilk mahkemenin yerine geçerek, oyçokluğuyla (bire karşı dört) kararı bozmuş ve olayın kanıtlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme direnmiştir. Ceza Genel Kurulu'nda 16 onama, 10 bozma oyu kullanılmış, onama ağırlıklı olduğu halde ilk görüşmede istenen üçte iki çoğunluk sağlanamadığından, inceleme ikinci görüşmeye kalmıştır. İkinci görüşmede ise oylar eşit (13) çıkınca, görüşme üçüncü oylamaya kalmıştır. Üçüncü görüşmede 9 onama oyuna karşılık 14 bozma oyuyla hüküm bozulmuş ve eylemin gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır. Burada ortaya çıkan olgu şudur: Olayın kanıtlanması konusunda kullanılan bütün oylardan onamalı oy sayısı bozmalı oydan fazladır, ama karar bozulmuştur. Elbette tersi de olabilirdi³⁶. Bu sonuç, yukarıda sergilenen görüşleri doğrulamaktadır ve çok düşündürücüdür. Yaşanan ve akıl dışı bu gerçek üzerinde herkes, geçmişin, bugünün ve geleceğin yargıçları ve Yargıtay üyeleri, duyarlılıkla akıl yürütmeli, kendileriyle hesaplaşmalı, çarpıklığın nedenlerini bulmalıdırlar; buna zorunludurlar da. Bu nedenler karınca kararınca bu yazıda işlenmiştir. Adalet değeri, dolayısıyla tarafların, sanıkların alinyazıları, ilkelere yaslanmayan oylar arasında savrulup duramaz, asla böylesi rastlantılara bırakılamaz³⁷.

³⁶ YCGK, 11.3.1991-335/75.

³⁷ Bu tür kararların yüz binlerce örneği bulunmaktadır. Bunlardan çarpıcı olan ve kamuoyunca bilinen birkaçına değinmekle yetinelim. Bunlardan biri, hiç kuşkusuz, zamanaşımı nedeniyle düşürülen K. Türkler davasıdır. Bir başka kötü örnek ise bu yazının kaleme alındığı sırada sürmekte bulunan, tam anlamıyla Kafka'gil bir ceza davasına, bir hukuk faciasına dönüşen P. Selek davasıdır. Olay şudur: Mısır Çarşısı girişindeki bir büfede 9 Temmuz 1998'de bir patlama olur, 7 kişi ölür, 127 kişi yaralanır. Aralarında sokak çocukları üzerine araştırmalar yapan toplumbilimci P. Selek'in de bulunduğu kimi kişiler hakkında dava açılır. Tanıklar dinlenir, bilirkişiler ardi ardına raporlar verirler. Sanıklara işkenceler yapılır. Yerel Mahkeme patlamanın bitişikteki yemek büfesindeki tüplerden kaynaklandığı kanısını varır ve aklanma kararı verir. 10.3.2009'da 9. Ceza Dairesi, ilk mahkemenin vicdani kanısının yerine ölü tutanaklara göre oluşturduğu kendi vicdani kanısını geçirecek ve denetim yetkisinin sınırını aşarak, sanığın eyleminin kanıtlandığını belirtir ve "bomba vardır" der. Özel Daireye göre, eylem, "ülke bütünlüğünü bozma" suçu (Eski TCY, m. 125, Yeni TCY, m. 302) kapsamına girmektedir. Bu bozma kararı üzerine onama isteyen Yargıtay C. Başsavcılığı buna itiraz eder. Ancak Ceza Genel Kurulu, alışıldığı üzere kapalı oturumda ve yazılı tutanaklara göre oluşturduğu kendi vicdani kanısı doğrultusunda, 9. Ceza Dairesinin görüşünü paylaşır ve itirazı reddeder, Yerel Mahkeme, 9.2.2009'da Selek davasıyla ilgili eski kararında direnir ve öbür sanık hakkında verilen karar ise esasen temyiz edilmediği için kesinleşmiştir. Basına yansıyan bilgilere göre, son duruşmaya çıkan yeni yargıçlarla oluşan yerel Mahkeme, dava Ceza Genel Kuruluna Başsavcılığın itirazı üzerine gitmesine karşın, 22.11.2012 tarihinde direnme kararından döner ve Ceza Genel Kurulunun bozma görüşüne uyulmasına karar verir. On beş yıldır yargıçların oturumlarda sık sık değiştiği dava, basındaki haberlere göre, Avrupa Birliğince de izlenmektedir. Avrupa Parlamentosunca dava sürecinde yaşananlar "yargı tacizi" olarak nitelendirilmiş, Türkiye Raporörü Ruijten'ce de Türk yargı dizgesine yönelik eleştirilerin haklılığına bu

Toplum gereksinmesinden doğan ve düzenin sürekliliğini sağlayan hukukun vazgeçilemez temel işlevi, toplumda ve insanda güven ortamını yaratmaktır. Bu yüzden de hukuk, rastlantılara kapalıdır, kördür. Hukuk, rastlantılara bırakılırsa bu temel işlevini yitirir.

davada yaşananları kanıt olarak gösterilmiştir. Bu yazının kaleme alındığı sırada yerel Mahkeme, 24 Ocak 2013 tarihinde CGK kararı doğrultusunda üç kez aklanmış Selek'i, 1926/765 sayılı Eski TCY'nin 125. maddesi uyarınca oyçokluğuyla ömür boyu ağır hapis cezasına mahkûm etmiştir (Basın, 25.1.2013). Yargıtayın önüne geldiği zaman bir kez daha Yüce Mahkeme, denetim sınırları çerçevesinde kalıp kalmayacağı konusunda sınav verecektir. Dileğimiz, Yargıtayımızın bu sınavdan yuzakıyla çıkmasıdır. Üçüncü örnek de, D. Öz davasıdır. Görevi gereğince birçok olayların üstüne giden, L. Özyörük adlı üniversite öğrencisinin katillerini bulmak için bir yurttan arama yaptıran, kimi kuşkuluları gözaltına alan Savcı D. Öz, 19 Ocak 1978 günü Ankara'da tasarlanarak öldürülmüştür. Kuşku hakkında açılan dava 6 yıl dokuz ay sürmüştür. Sanık, Sıkıyönetim Mahkemesince dört kez ölüm cezasına çarptırılmış, Askeri Yargıtayın ilk mahkemenin oluşturduğu vicdani kanı yargısının yerine kendi vicdani kanısını geçirmesi yüzünden duruşma yapan ilk Mahkeme, 9 Ocak 1985'te aşağıda özetlenen ilginç, ilginç olduğu denli çarpıcı ve ders verici gerekçeyle çaresiz aklanma kararı vermek zorunda kalmıştır: "Elimizdeki bilgiler, belgeler ve tanık anlatımları, Doğan Öz' ü sanık İ. Ç.'nin tasarlayarak öldürdüğü mahkememizce belirlenmiş ve vicdani kanımız da bu yönde oluşmuşken, Askeri Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunun kararına karşı Yasa gereğince direnilemeyeceği ve uyulması zorunlu bulunduğu için sanığı aklanmasına..." Burada ilginç noktalardan biri de, Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun, 7'ye karşı 8 oyla, yani bir oy farkıyla ve oyçokluğuyla alınmış olmasıydı. Basına yansıyan bilgelere göre, şimdilerde Ergenekon diye anılan davaya bakan mahkemece, 35 yıl sonra kimi belgelerin ardına düşülmüştür. Bütün bunlar aşağıdaki tanıları doğrulamaktadır: Birincisi, dünya çapında bir hukukçu olan Marc Ancel'indir: "Zanardelli Yasası, Türk uygulamasında önemli yozlaşmalara uğradı" (Marc Ancel, *Intérêt et nécessité nouvelle de la recherche pénaliste comparative, Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Paris, 1980, s. 10). İkincisi İtalyan hukukçularının yargısıdır: Merhum Prof. Dr. Sahir Erman, İtalya'da konuk öğretim üyesi olarak ders verdiği 1983 yılında, Türk hukukçularınca başarılı sayılan Türk Yargıtay içtihatlarından örnekler vererek 1889 İtalyan Ceza Yasasının nasıl uygulandığı üzerine bir konuşma yapar. Konuşma dinleyicileri öylesine sarsar ve şaşırtır ki, daha sonraları Adalet Bakanlığı yapan ve Anayasa Mahkemesinde görev alan Prof. Conso, dinleyenler adına bu uygulamaya adeta başkaldırıcısına: "Sizin hukuk fakültelerinizde ceza hukukunun en basit esasları öğretilmiyor mu ki, yargıçlarınız, Yargıtayınız böylesine garip kararlar veriyor?" diye tepki gösterir (Milliyet, 28.1.1995). Üçüncüsü, Merhum Hocam Prof. Dr. Faruk Erem'in değerlendirmesidir. Merhum Erem, bir keresinde masamın üzerinde Afrikalı yazar G. L. Bolongo'nun "Droit pénal spécial zaïrois" adlı kitabını görünce çok merak edip ilgilendi. Kendisine istediği zaman getirmek üzere sundum. Aylar sonra uğradı. Dertliydi: "Bunlar, dedi, bizi geçmiş. Yıllarca hukuk dersi verdim. Ama pek bir şey öğretememişim. Nedenlerini bir türlü açıklayamıyorum." Afrika'yı sömüren devletler, oraya dillerini, kurdukları üniversitelerde dilleriyle ve kavramlarıyla birlikte hukuklarını vermişler, mahkemelerde uygulamalar yapmışlar, daha sonra da bütün bu kazanımları bağımsızlığına kavuşan ülkelerin hukukçuları sürdürmüşlerdi. Gelişme aralıksız yaşanmıştı. O nedenle Afrika'daki hukuk uygulamasının sömüren ülkedeki uygulamadan hiçbir farklılığı olamazdı, elbette. Bu görüşlerimi aktararak hocamı teselli etmeye çabaladım. Ne yazık ki, Ancel, Erman, Erem de haklıydılar. Günümüzde bile yaşanan bu örneklerden ders alınmayacak mıdır? Bu çılgınlıklar boşlukta mı kalacaktır?

2-Yargısal görüş/içtihat kavramı yozlaşır

Çünkü olaylarda yargısal görüş/içtihat birliği sağlama çabası, iki iki dört değil, beş eder kanıtlanmasına benzer bir matematik ve mantık yanıltmacalarına³⁸ sapma ve olanaksız olanaklı kılma zorlamasıdır, yel değirmenleriyle savaştır. Bunu bir örnekle açıklamak istiyorum. Suç kastının varlığı ve hangi suçla ilgili olduğu, sanığın iç dünyasını ilgilendiren bir olay belirleme sorunudur, hukuksal belirleme sorunu değildir. Çoğu kez yargıcın önüne küllengi bir alanda gelir. Sözelimi, birini ağır biçimde yaralayan etkin öznenin (fail) yaralama mı yoksa insan öldürme kastıyla mı davrandığı sorusunun yanıtını sergileyen ipuçları öylesine sonsuzdur ki, birkaç ölçüte indirgenmesi olanaksızdır. Varsayalım ki, sonsuz bile olsa, en çok kullanılan araç türü açısından bunlar üç sayısı sınırlansın. Silahın cinsi, uzaklık, vuruş (atış) sayısı, dürtü (güdü, saik), suç öncesi ve sonrası davranışlar, failin karakteri, husumet vb. gibi on rakamı bu üç ölçütün her birine eklenebilen ve her eylemde değişen etkenler gözetildiğinde bu konuda birbirine benzer iki olay bulabilmek için üç üzeri on (3¹⁰) sayısına ulaşılabilecektir. Bunun da rakam olarak anlamı ve anlatımı şudur: 59.049. Bir başka deyişle öbür bütün olasılıkları bir yana bırakırsak bile, üç türden biri sadece silah olsa ve yalnızca on olasılıkla bile -ki bu olasılıklar sayılara sığmaz, sonsuzdur- birbirine benzer iki olay yakalayabilmek için, en azından 59049 olay bulmak zorunludur³⁹.

³⁸ Yunanca. sophisma, L.atince fallacia, Almanca. Trugschung, fangschluss, Fransızca. sophisme, İngilizce. sophisme, fallacy, İtalyanca ve ispanyolca, sofisma, Osmanlıca. safsata.

³⁹ Bunun çarpıcı örnekleri Ceza Genel Kurulunda çok sık yaşanmaktadır. Kasıt, etkin öznenin (fail) iç, ruhsal dünyasına ilişkin bir olay sorunu olduğundan bunu belirleme olanığı, dolayısıyla yetkisi ilk mahkemenin tekelindedir. Denetleme yetkisi ise, duruşma yapmadığı takdirde, istinaf merciine (bölge adliye mahkemesi) ya da duruşma yapmayan Yargıtaya aittir. Ancak Türk Yargıtayı kurulduğundan bu yana duruşma yapmadığı halde bu yetkiyi tekeline almıştır. Özellikle bir yaralama suçu söz konusu olduğunda 1. Ceza Dairesi, eylemin yaralama ya da insan öldürmeye kalkışma olarak nitelendirilmesi konusunda duraksar ve bu konudaki karar, çoğu zaman oyçokluğuyla çıkar. Direnme ya da itiraz üzerine konu Ceza Genel Kuruluna geldiği zaman, yine çoğu kez ilk oylamada gereken nitelikli çoğunluk sağlanamaz. İkinci oturumda ise Kurula katılan üyeler (yargıçlar) değişmiştir. Sıklıkla yaşanan olay şudur: İlk oylamadaki çoğunluk görüşü azınlıkta kalır, azınlıktaki görüş ise oybirliğine yakın oy alır ve dava sonuçlanır. Yukarıda değinildiği ve görüldüğü üzere, sanığın alınyazısını, hukuk değil, rastlantılar belirlemektedir. Yıllardan bu yana sürüp gelen bu olay, durumun ne denli önemli ve tutumun ne denli çarpık olduğunu göstermeye yeterlidir. Bütün dünyada insan öldürmeye kalkışma ile yaralama arasındaki duraksamayı çözme sorunu duruşma yapan ilk mahkemenin tekelindedir (Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1985, VIII, n. 2882; Garavelli, Giurisprudenza sistematica di diritto penale, parte speciale, Torino, II, 1984, s. 1021; Serianni, Omicidio, Enciclopedia giuridica, Roma, XXI, s. 5; Pannain, I delitti entro la vita e la incolumità individuale, Torino, 1965, s. 37, 38; Patalona, Omicidio, Enciclopedia del diritto, XXI, s. 7; Muscolo, L'omicidio volontario, Roma, 1978, s. 73-108, 148; Crespi/Stella/Zuccala, Commentario breve al Codice penale, Padova, 1986, s. 923; Crespi/Stella/Zuccala, Codice penale commentato, II, Torino, 1990, s. 1057'de geçen 19.2.1985, 9.4.1986 tarihli kararlar; 15.7.1989 tarihli karar, Rivista penale, Mart 1990, s. 500; Merle/Vitu, Traité de droit criminel, droit spécial, par Vitu, Paris, 1982, II, s. 1709; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, Paris, 1922, IV, s. 1852; Garçon, Code pénal annoté, Paris, 1931 s. art. 295, s.

Bir başka örnek de şudur: Gerçek birleşme (içtima) ile zincirleme (müteselsil) suçu ayıran temel öge, “bir (aynı) suç işleme kararı”dır (TCY, m. 43). Bu ise sanığın iç dünyasını ilgilendiren bir olaydır. O yüzden “bir suç işleme kararı”nı belirleme tekeli, duruşmadaki kanıtlara ve izlenimlere göre ilk mahkemeye aittir. Duruşma yapan yargıç, olaylardaki benzerlik, zaman aralığı, sanığın davranışları, kanıtlar, hukuki konunun türü, eylemin oluş biçimi vb. etkenlerin ışığında bu belirlemeyi yapacaktır. Çünkü bütün bu olasılıklar gözetildiğinde olaylar birbiriyle asla çakışmaz, örtüşmez. Önceden (a priori), bir ay içinde aynı mağduru üç kez dolandırma, aynı anda birden çok sahte bono düzenleme “zincirleme suçtur” yargısına ulaşıldığı ve bu konuda bir uygulama kuralı getirildiği zaman, bunun anlamı, olayların hepsi birbiriyle benzemenin de ötesinde, çakışır, örtüşür; etkin öznelerin hepsi de aynı suçu bir suç kararıyla işlemiştir sonucuna ulaşmak olur ki bu, mantık kurallarıyla çelişir, köklü bir yanlıştır, gerçeklere uymayan, yüzeysel ve de aldatıcı bir yargıdır. Bütün olayların özdeş olduğu mantıksızlığına dayanan, Herakleitos’u bile mezarında ters döndüren bir görüştür.

Buna benzer olaylarda, Yargıtayın tutumu bellidir ve sınırlıdır: İnsan öldürme kastının ya da bir suç kararının bulunup bulunmadığını konusunda aranacak verileri, bu kavramların tanımını yaparak bir yargısal görüş/içtihat boyutunda ortaya koymaktır. İnsan öldürme kastının, bir suç işleme kararında birliğin tanım ve öğelerini ortaya koyan, her uygulamada ilk mahkemelerden bu öğeleri aramasını ve gerekçesinde yansıtmasını isteyen bir karar, gerçek bir yargısal görüştür/içtihatdır. Görüş/içtihat birliği ancak böyle kurulabilir. Bu görüşler/içtihatlar doğrultusunda kurulmayan her karar ve oluşturulmayan her gerekçe yetersiz olacağından elbette bozulmaya mahkûmdur.

Son bir örnek daha vermek istiyorum. Türk Ceza Yasasınının 142/(1)e. (Eski TCY, m. 491/2) maddesinde, “gelenek ya da özgüleniş yahut da kullanım biçimleri gereği açıkta bırakılmış”, bu yüzden halkın bir tür bekkiliğine sunulmuş eşya hırsızlığı nitelikli hırsızlık olarak cezalandırılmıştır. Hükmün can alıcı noktası şudur: Eşyayı açıkta kamu bekkiliğine bırakma, bu üç durumdan birinin sonucu olmalıdır. Yerel mahkeme, bu durumlardan birini ya da ikisini belirleyecek ve kararında bunu belirtecektir. İşte bu gelenek oluştuğu içindir ki, Yargıtaya göre, 1983’ten beri, so-kağa bırakılan bütün arabalar ayrıksız bu maddeye girmektedir. Çünkü oluşturulan

63; Goyet/Russelet/Arpaillange/Patin, Droit pénal spécial, Paris, 1972, s. 483; Lambert, Traité de droit pénal spécial, Paris, 1986, s. 39; Rodriguez Devesa/Serrano Gomez, Derecho penal español, parte especial, Madrid, 1993, s. 38 ve bu kaynaklarda yer alan yerleşik yargısal görüşler). Bırakınız İtalya, Fransa, Belçika, İsviçre gibi Batı ülkelerini, batılı olmaya bile özenmeyen Irak Yargıtayı da aynı doğrultuda karar vermiştir: Abdul Sattar al-Yumaylı, L’omicide volontaire simple et aggravé en droit pénal irakien et suisse, étude comparée (tèse), Genève, 1967, s. 112-139). Merhum Prof. Dr. Sahir Erman da, bu konuda Yargıtayın ilk mahkemenin yerine geçerek karar vermesini sert biçimde eleştirmiştir (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994, s. 28. Ayrıca bk: Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 10).

görüŖe/içtihadada göre, maddede öngörülen ögeler, sokağa bırakılan bütün arabalar için geçerlidir. Bir başka deyiŖle, maddeden ve maddedeki ögelerin izdüŖümünden olaya ulaŖılmıştır; olaydan ve olayın izdüŖümünden değil. Yani, ölkemizde yollara açıkta bırakılan ayrıksız bütün arabalar, Yargıtaya göre halkın bekçiliğine bırakılmış eŖya hırsızlığına girer. Oysa böylesine genelleŖtirici bir kural, bir düzgü (norm) asla getirilemez ve söz konusu da olamaz. Olursa yargı organı, Yargıtay, erkler ayrılığı ilkesini çiğnemiŖ, dolayısıyla yasa koyucunun yetkisini kullanmıŖ, onunu yerine geçmiŖ olur. Bu ise tam anlamıyla bir “yetki yağması”dır (yetki gaspı, usurpation de puouvoir, usurpazione di potere, esercizio abusivo di potere) ve bu konudaki her karar yokluk (inexistence, inesistenza) yaptırımıyla sakattır. Bu bir. Ayrıca söz konusu maddenin amacı da böyle bir kural getirilmesine elveriŖli değildir. Olamaz da. Olursa yasa önünde eŖsitsizlik yaratılır. Çünkü ilkin bir kentte bütün arabalar, gelenek ya da özgüleniŖ yahut da kullanılma biçimleri gereği yola bırakıldığı halde, hiçbir araba bu maddeye girmez demek, edilgin özneler (mağdur) zararına, etkin özneler (fail) yararına bir eŖsitsizlik yaratır. İkinci olarak, yine aynı kentte böyle bir gelenek kentin sadece eski bölgesinde oluŖmuŖ; her binada park yeri olduğu için yeni kurulan bölgesinde bu gelenek oluŖmamıŖ ise, bütün arabalar yine bu maddeye giremez dendiğinde, yeni bölgedeki hırsızlıklarda doğru karar verilmiŖ olur. Ama bütün eski bölgedekiler için, karar etkin özne yararına, edilgin özne zararına olacaktır. Tersine bütün arabalar bu maddeye girer denirse, yeni bölgede etkin özneler zararına, edilgin özneler yararına karar verilmiŖ olur. Bu iki. Dolayısıyla bu tür genellemeci kararların hepsi kökten yanlıŖtır. Doğrusu Ŗudur: Maddedeki ögeleri her olayda yeniden değerlendirerek gerçekteŖen olaya hukuksal tanı koymaktır. Elbette bu ise her olaya göre deęiŖecektir. Olaylarda birörnek uygulama yaratma kaygısıyla içtihat birliği sağlanamaz. Tersine yargısal görüŖ/içtihat aykırılığına ve eŖsitsizlięe yol açılır. Ama maddenin yorumunda yargısal görüŖ/içtihat birliği ve eŖitlięi sağlamak olanaklıdır, doğrusu da budur. Yargısal görüŖ/içtihat da esasen sadece bu anlam çerçevesinde söz konusu olabilir.

Özetle, yargısal görüŖ/içtihat olgusu kesirle anlatılacak olursa, “payda”da, hukuk kural ve kavramlarının tanımını, ögeyi ve yorumlarını açıklayan yargısal görüŖ/içtihatıdır, “Pay”da ise sonsuza değin deęiŖen olaylar yer alır. Yargıtay da paydadaki görüŖe göre olayları değerlendirmeyen mahkeme kararlarını bozacaktır. Bir başka deyiŖle, payın paydaya yetip yetmediğini ilk mahkeme belirleyecek; Yargıtay ise bunu sadece denetleyecek; ama payı paydaya uydurmaya asla kalkıŖamayacaktır. Eğer buna kalkıŖılırsa, örneklerden de anlaşılacağı gibi, Ŗu tehlikeli sonuçlara katlanılmak zorundur:

a-Önce eŖitlik bozulur: Çünkü olaylarda eŖitlik yaratma kaygısı, doğa, matematik ve mantık kurallarına aykırıdır; benzer sanılan olaylarda aynı hükümlerin verilmesini sonuçlar.

b-Yargı kararlarında süreklilik gerçekteŖirilemez ve sarsılır: Gerçekten bu benzerlik, ne yapılırsa yapılsın yaratılamadığından, olay yargıları içtihat diye algıla-

nırsa, yargıtayın sık sık kararlar değiştirdiği inancı yaygınlaşır, süreklilik gerçekleştirilemediği için yargıya ve kararlara olan güven sarsılır.

c-Hukukta çağ gerisine düşülür (anakronizme yol açılır): Gerçekten tarihsel evrimde hukuk ve yasalar, somut olaylardan soyut tanımlamalara doğru ilerlemiştir. Ortaçağ ya da Osmanlı yasaları “bir koyun çalan şu kadar, bir inek çalan bu kadar akçe ceza öder” derken, çağcıl yasalar hırsızlığı öğelerini belirterek tanımlar. Suçların yasallığı ilkesini anlamı da budur. Olaya ilişkin yargısal görüşler/ içtihatlar, çağcıl hukukun ve yasaların reddettiği olaycı/saymaca (kazuistik) yasalar ve hukuka dönemine doğru yol almak, çağ gerisine düşmek demektir.

d-Hukuk gelişemez; hukukta şeyleşme başlar. Olaya ilişkin yargısal görüş/ içtihat, hukukun ilerlemesini önler. Hiç kimse artık hukuk normlarının yorumuyla uğraşmaz. “Türk Ceza Yasasının 43. maddesi, şu tür olaylarda uygulanır, bu tür olaylarda uygulanmaz” diyen, yalnızca sonucu ezberleyen hukukçular yetişir. Böyle bir dizgede elbette yetkin hukukçu yetişemez. Düzgüler (norm) ve onların yorumu, kısaca “hukuksal görüş/içtihat” yerine, hazır antibiyotikler gibi yutulan olay içtihatları geçer. Hukukta şeyleşme (reification) başlar, hukukun insan ve bilim boyutu yiter.

e-Bilim ilerlemez: Kötü paranın iyi parayı kovması gibi, olaylara ilişkin yargısal görüşleri/içtihatları derleyen kitaplar, düzgüleri, kurum ve kavramları irdeleyip yorumlayan temel bilimsel yapıtları dışlar, kovar. Bunda suç, derlemecinin, basımcının değil, düpedüz dizgenindir. Dizge, ekonomik yasaları işletmiş, kişiler de elbette bu sonuçlara uymuştur. Yargısal görüşleri/içtihatları derleyen yapıtlara da elbette gereksinme vardır; bunlar küçümsenemez. Ama ömürsüz, yarısız olaya ilişkin yargısal görüşlerin/içtihatların ön plana geçmesi, bilimsel yapıtların kullanımdan düşmesi, bilimi de, hukuku da yıkıma götürür.

Görülüyor ki, Yargıtayın maddi olayları inceleyip çözmesinin sakıncaları saymakla bitmiyor. Ülkemizde bu sakıncalar, açmazlar, tehlikeler her gün yaşanmaktadır.

Yargıtayın salt hukuk sorunlarını çözen bir hukuki derece mahkemesi olmasıyla birçok sorun birden çözülecektir. Çağı yakalamanın biricik yolu buna bağlıdır. Bu özgörevi hakkıyla yerine getiren Fransız Yargıtayında iş, üye ve daire çokluğu nedeniyle Başkan Draï'nin “Yargıtay istinaflaşmamalı”; Mitterand'ın “Yargıtay istinafın ikinci bir dairesi olmamalı”, yukarıda adlarını veremediğim onlarca yazarın, yargıcın ve İtalyan Yargıtayının “Yargıtay, olay değerlendirmesi yetkisini ilk mahkemenin elinden alamaz”⁴⁰, “kanıt kaynaklarını değerlendirmek ilk mahkemeye aittir. Yargıtay yalnızca gerekçeyi denetler, ilk mahkemenin yerine geçerek olayı çözemez”⁴¹ demelerinin nedenleri işte bunlardır.

⁴⁰ 30.10.1989.

⁴¹ 11.2.1990.

Yasalarımız da bu doğrultudadır. (HYY, m. 297/(1)c, 198; CYY, m. 217, 288, 289/(1)g, 227(1)).

Özetle yasalarımızı özleri doğrultusunda yorumlayarak uygulamamız bu sorunu çözmeye yeterlidir.

VII- ÖRNEK KARŞI OY

Bu konuyu, yüce Ceza Genel Kurulu'nun ilk mahkemenin yerine geçerek olayı kanıtlama sorununu çözdüğü kararlarında yer alan ve sık sık yinelenen ve fakat hemen hiçbir Yargıtay üyesi tarafından değerlendirilmeyen karşı oylardan biriyle noktalamakta yarar vardır⁴².

“Karşı oy kullanan kurul üyesi 4. Ceza Dairesi Başkanı: “Yüce kurulun verdiği karar birçok yönlerden hukuka aykırıdır. Bunları belirleyebilmek için, ilkin Yargıtay, temyiz yolu ve denetimi üzerinde durmak; ikinci olarak da bunların ışığında yapılan yanlışları irdelemek gerekir.”

“**A-Türk Yargıtayı**, Alman, Avusturya, Fransız, İtalyan vb. ülkelerdeki bozma mahkemelerinin (cours de cassation) aynısıdır. Bozma mahkemeleri duruşma, yani doğrudan olay ve öğrenme yargılaması (cognizione) yapmamaktadır. Bu kurumlaşmanın doğasından kaynaklanan belirleyici, zorlayıcı sonuçlar ise şunlardır: Duruşma, yargılama etkinliğinin yüreği ve dolayısıyla en önemli evresidir. Var olma (icat) nedeni de, hırsızlık, yaralama, şiddetli geçimsizlik, bir tanığın içtenliği, doğru söyleyip söylemediği gibi olayların gerçek olup olmadıklarını belirlemektir. Bu belirleme etkinliğinin ise, tutanaklara göre değil, herkese açıklık, sözlülük, yüz yüzelik, doğrudanlık, yoğunluk ilkelerine göre yürütülen duruşmadan edinilen izlenimlere göre yapılması zorunludur (Eski CYY, m. 254). Yukarıda belirttiğim gibi, duruşmanın varlık nedeni budur. O yüzden, kanıtları yeterli/yetersiz, yanlış/yansız vb. gibi özgür değerlendirme yetkisi, yalnızca duruşma yapan, duruşmaya katılan, bu nedenlerle de taraflarla kanıtlarla doğrudan ve yüz yüze ilişki kuran, onlar üzerinde yapılan yüksek sesli tartışmaları dinleyen, bir sözcükle kanıtlarla doğrudan diyalektik ilişki içinde ve duyu organlarıyla algılamalarda bulunan duruşma yargıçlarına aittir (Eski CYY, m. 381, 382). Böyle bir değerlendirmeyi yapabilmek için hukuk öğrenimi görmeye gerek olmadığından, jürilerde görüldüğü üzere, çeşitli mesleklerden gelen kişiler de olay sorunlarını çözebilmektedirler. Yeter ki, duruşmada hazır bulunsunlar. Bu nedenle, isterse deneyimli hukukçu olsun, duruşmaya katılmamış bir yargıcın, olaya ilişkin sorunları çözmesi, eşyanın doğasına aykırı olduğundan olanaksızdır. O yüzden, istinaf ve dolayısıyla duruşma yapma yetkisini haiz olmayan ve duruşma yapmayan, duruşma yapamadığı için duruşma yapan olay yargıcının etkinliklerini, işlemlerini yineleyemeyen, gizlilik, yazılılık, dolaylılık kurallarınca dosya üzerinden inceleme yapan yargıtay yargıçları, dünyanın hiçbir ülkesinde, du-

⁴² YCGK, 11.11.1997-235/231.

ruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçerek asla olay sorunlarını çözememekte ve buna yargıtay yargıcının “olay/olgu belirlemeleriyle bağımlı olması ilkesi” denmektedir. Dahası istinaf mahkemesi de, tipik istinaf, yani yeni baştan duruşma yapma yetkisini kullanmamışsa, yalnızca tarafları dinlemekle yetinmişse, yani atipik istinaf yöntemini yeğlemişse, duruşma yapan ilk mahkemelerce belirlenmiş olan olaylara el atamamakta, öbür hukuksal sorunları ele almaktadır. Çünkü yargılamanın temel ilkesi şudur: “Yargıladığın oranda hüküm kur, (sonuç çıkar)” (tantum judicatum, quantum conclusum). Aynı doğrultuda duruşma yetkisi bulunmayan, dolayısıyla duruşma yapmayan yargıtay da, olay değerlendirmesi yapamayacak: “olay sabittir/değildir”, “tanık yansızdır, doğru söylüyor, yanlıdır, yalan söylüyor”, “tanıklar içtendir. Kanıtlar, yeterlidir, inandırıcıdır ya da değildir” (sözgelimi, CGK, 27.9.1993-203/210, 20.03.1995-46/77, 4.05.1991-110/132, 5.10.1992-239/263, 18.11.1991-287/318, 20.9.1993-201/201, 11.5.1992-82/147) gibi salt olgulara ilişkin hükümler kurarak, duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçemeyecektir. Eğer kurabilseydi, yargılama Yargıtayda biter, yollama yargılamasına gerek duyulmazdı. Yargıtayımız, benzerleri gibi, bozma kararından sonra dava dosyasını, yollama yargılaması/duruşması yapılması için esas mahkemesine göndermektedir. Bu zorunludur. Çünkü ilke şudur: “Yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün/kararın yargıcısıdır”; hükmü yalnızca salt hukuka aykırı olup olmadığı açısından inceleyebilir (Eski CYY m.307) Bu nedenle de, Yargıtayın (Eski) Ceza Yargılama Yasasının 322. maddesindeki sayılı ve sınırlı durumlar dışında esas (ilk) mahkemesinin yerine geçerek karar vermesi, kesinkes olanaksızdır ve 322. maddenin varlığı ve gerekçesi de bunu kanıtlamaktadır”.

“Yargıtay yargıcı, hükmün yargıcı olarak, esas mahkemesinin sabit kabul ettiği olayları, eylemleri ve olguları, iki yolla denetleyecektir. Birincisi, olayları/eylemleri, olguları, sabittir/değildir biçiminde vicdani kanı yargısını oluşturmak için yapılan duruşmayı yargılama yasalarına uygunluğu açısından ele alacaktır. Yargılama kursuz ise, Yargıtay, esas mahkemesi hükmünün özellikle olay/olgu açısından gerekçesini inceleyecektir. Zira gerekçe, yargılamanın yürüyüşünü, olay belirlemelerini, hukuksal tanıyı içeren ve ikisi arasındaki bağlantıyı sağlayan, yargısal etkinliğin demokratik denetimini gerçekleştiren, herkese açık ve keyfiliği önleyen bir mekanizmadır⁴³. Bu yüzden de İtalyan Yargıtay kararlarında belirttiği gibi, gerekçe her olay ve hukuk sorununu tek tek çözmesi gereken, mantıki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıdır⁴⁴. İşte Yargıtay, olaylarla ilgili kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, statik ya da dinamik doğa, mantık, gözlemlerle edinilen ve istisnası hiç olmayan kesin deneyim ve hukuk kurallarına, bilimsel verilere uygun biçimde ele alınıp alınmadıklarını, boşluk, çelişki, belirsizlik, kapalılık bulunup bulunma-

⁴³ Ferrando de la Rúa, El recurso de casación en el derecho positivo argentino, Buenos Aires, 1968, 151; E. Amadio, Motivazione della sentenza penale, Enciclopedia del diritto, XXVII, 1977, 189.

⁴⁴ 20.12.1989, 5.4.1991, 4.2.1994.

dığını gerekçe denetimini yaparak irdeleyecek, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin ve tutarlılık sağlama görevini bu yolla yerine getirecektir. Ancak, Yargıtay, bu konularda, duruşmadan elde edilen verilerle ve kişisel deneyimlerin katkısıyla olaylar hakkında vicdani kanı, gerçeklik yargısı oluşturan ilk mahkemenin yerine geçerek kesin çözümler üretemeyecektir. Avrupa ve Latin Amerika ülkelerindeki yargıtaylar (bozma mahkemeleri), denetim yargılamasını böyle yapmaktadır ve bu hususta öğreti ve uygulama bire bir çakişmaktadır. Bu konuda İtalyan Yargıtayının birkaç kararını sunmakla yetiniyorum: “Yargıtay, olayla ilgili değerlendirmeleri esas mahkemesinin elinden alamaz.”⁴⁵ “Kanıt kaynağının ve kanıtın değerlendirilmesi, duruşma yapan ilk mahkemeye ait bir olay sorunudur. Yargıtay, bu konuda yalnızca gerekçeyi inceleyerek denetleme yapabilir.”⁴⁶ Ceza Yargılama Yasamızın kaynağının uygulandığı Almanya’da da durum aynıdır (Alman yazarları: Peters, Sellke, Hanack, Niemöller, Roxin, Kraus, Dahs/Dahs, Löwe/Rosenberg, Henkel, Kühne, Schlüchter, Schimdt, Maul, Pohle, Mannheim, Sarstedt, Rainer, Werner/Hamm, Rudolf, Gössel, Husmann). Alman Federal Mahkemesi, 7.6.1979 tarihli kararında şöyle demektedir: “...olay yargıcının esasa ilişkin her kararının temeli, yargıcın, kendisinin bir kaniya ulaştığı olay akışıdır. StPO 261’e göre (Eski Türk CYY, md. 254) mahkeme, kanıt sunumunun sonucunu, kendi özgür ve duruşmadan elde ettiği kanısına göre karara bağlar. Kanıt sunumunun sonucunu değerlendirmek, yalnızca olay yargıcına ait bir konudur (...) Yargıtayın olay yargıcının kaniya varışını denetleme olanağı sınırlıdır. Bu husus, kural olarak Yargıtay için bağlayıcıdır. Özellikle de Yargıtayın kendi değerlendirmesini olay yargıcının değerlendirmesinin yerine koyma yetkisi yoktur. Özgür kanıtlama yolunda kanıt sunumunun bir ölçüde yinelenmesi yetkisi de yoktur. Eğer Yargıtay, sunulmuş kanıtlama araçları dolayısıyla kendi değerlendirmesini olay yargıcınıninkinin yerine koyacak olursa, kendi görev alanının sınırlarını aşmış olur” (Aktaran: S. Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul, 1997, s. 95-96, dip not. 330)”.

“Fransız Yargıtayının görüşü de aynıdır. “Yargıtay yargıcı, kanıt değerlendirmesi yapamaz; 3. derece yargıcı değildir (CD, 21.3.1990, Semaine juridique (S. J), n.25, s.236). “Vicdani kanı yalnızca duruşmadan edinilen bilgiye göre oluşur (CD, 11.6.1990, S. J. 10.10.1990, s.338). Yargıtay ilk mahkemenin yerine bir ölçüde sadece hukuksal konularda karar verebilir” (CD, 23.5.1989, S.J., 20.9.1989, n.38, s. 295).

“Nitekim temyiz denetimiyle ilgili bir kaynak yapıtta, bu denetim üç başlık altında incelenmektedir: “1- Yargıtay, yasanın yorumunu her zaman denetler” ve bu konuda son sözü söyler. “2-Yargıtay, olayların/eylemlerin kanıtlanmasını (sübu-

⁴⁵ sez. I, 7.6.1989 ; sez. VI, 30.10.1989.

⁴⁶ sez. I, 22.2.1990 ; sez IV, 11.12.1990 ; sez. I, 16.7.1992, h,8040/8045, 17.5.1992, s.175, Archivio 1993 ; sez. I, 28.2.1992, n.198, sez. I, 6.12.1991, n.12370, 24.3.1993, n.3434, Rivista penale, Ocak 1998.

tu) hiçbir zaman ilk mahkemenin yerine geçerek çözemez.” 3-Yargıtay, olayların/ eylemlerin nitelendirilmesini (hukuksal tanıyı, hukuksal adlandırmayı) kimi zaman çözer” (M. Jobard-Bachellier/Xavier Bachellier, La technique de cassation, Paris 1991, s. 38). Bu önerilerde kullanılan zaman zarflarına dikkati çekmek isterim.”

“Burada önemle vurgulanması gereken temel nokta şudur. Gerekçe yoluyla denetlemek başka şeydir. İlk mahkemenin yerine geçerek sorunu esastan çözmek büsbütün başka şeydir. Bu başkalıklar gözetilmez ve ölü tutanaklara göre kanıt değerlendirilmeleri yapılarak olay sorunları esastan çözülürse, bir yargılama sancısının yaşanması ve onun belirtilerine ve tehlikeli sonuçlarına katlanılması kaçınılmaz olacaktır. Bu sonuçlar şunlardır: 1-Doğrudanlık, yüz yüzelik, açıklık ve sözlülük ilkelerine göre yapılan duruşma hiçleşecek, gereksizleşecektir. Gerçekten, yalnızca tutanaklara göre karar verilecek idiyse niçin duruşma yapılarak karar verilmesine gerek duyulmuştur? Bir yargıç soruşturmayı yapar, tuttuğu tutanakları Yargıtaya gönderir, Yargıtay da davanın esasına karar verebilir; böylece zamandan ve emekten de kazanılmış olurdu. 2-Yargılamanın olmazsa olmaz ve en önemli evresi bulunan, bu yüzden de sağ esen olması için yargılama yasalarının bütün maddelerinin seferber edildiği duruşma sonucu oluşan olaylara ilişkin vicdani kanı (gerçeklik) yargısı, nesnel temele dayanan, öznel üst yapı üzerine oturtulan, hukuken belirli ve akılcı gelişen kanıtların özgürce değerlendirilmesi sürecinin ürünüdür. Bu suretle oluşturulan vicdani kanı yargısı, ölü tutanaklara göre oluşturulan duruşmaya yabancı yargıtay yargıçlarının yanlış vicdani kanı yargısına feda edilince, daha iyi araçlara/ olanaklara sahip ilk mahkemenin yargısının yerine, duruşma yapmadığı için daha kötü araçlara/olanaklara sahip olanın yargısı geçecek, hem eşyanın doğasına ve hem de duruşma ve “yargıladığın oranda hüküm kur” kurallarına ters düşülecektir. Kuşkusuz, böyle bir yargılamada, adli yanılı oranı da çok daha fazla olacaktır. 3-Olaylara ilişkin gerekçenin dışlandığı ve gereksizleştiği bir ülkede, ilk mahkeme yargıçları, yükü ve sorumluluğu yargıtaya atacaklarından, yargıtay, mahkeme yargıçlarını yetiştirme (pedagojik) görevlerini hiçbir zaman yerine getiremeyecektir. 4-Tutanaklara göre (duruşmasız) oluşturulan vicdani kanı yargısı, her zaman kuşkuyla karşılanacağından ve tarafların katkısı sıfırlanacağından, kesin hüküm saygınlığı örselenecektir. Zira böyle bir yargılamada, saydamlığa ve diyalektiğe dayanan adaletin yerini, artık gizli ve görünüşte adalet almıştır. Bu konuda ortaya çıkan tehlike ve sonuçlar, yaptığımız araştırmaların bir bölümü olarak yayımladığım yazılarda (“les voies de recours en France”, AÜSBF Dergisi, C.XLV, sayı: 1-4, Ocak 1990, s.119-184, “Yargıtayın (bozma mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaştırılması Sorunları”, Yargıtay Dergisi Ocak- Nisan 1992, s.19-49) ve Yüce Ceza Genel Kurulunun birçok kararında (14.4.1986, 521/219, 11.3.1991, 335/75, 4.5.1992, 110/132, 23.10.1992, 252/308, 8.2.1993, 368/31, 14.6.1993, 110/168, 17.10.1994, 491/217, 31.10.1995, 268/307, 13.5.1997, 91/106; 11.11.1997, 235/231) ve bir İçtihatları Birleştirme Kararında (14.12.1992, 1/5 R.G., 6.5.1993) ayrıntılarıyla sergilenmiştir.”

“B-Bütün bu hususlar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Türk Yargıtayına yönelik 25.2.1997 tarihli raporunda şöyle vurgulanmıştır: “Söz konusu koşullarda komisyon; Türk hukukuna göre Yargıtayın işlevinin (rolünün); ilk/esas mahkemesi tarafından verilen hükmün yasaya ve yargılama yöntemine uygunluğu hakkında karar vermekle sınırlı bulunduğunu ve Yargıtayın kanıtların değerlendirilmesi ve sanığın kişiliği konularında hüküm kuramayacağını anımsatır” (paragraf, n. 100). Aynı kararın 101. paragrafında da, “Yargıtayın olay değil, yalnızca (münhasıran) hukuk noktalarına ilişkin işlevini göz önünde tutarak” demek suretiyle komisyonun 31 yargıcı oybirliğiyle, duruşma yapmayan Türk Yargıtayının hukuk kurallarını yanlış algılayarak ve uygulayarak, kanıt değerlendirmesi yaptığını belirtmektedirler. Yargıtayımız ile hukukun her ülkede geçerli küresel kuralları arasındaki bu çatışmanın eninde sonunda hukuka uygun düşen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun raporu doğrultusunda sona ereceği kuşkusuzdur”⁴⁷.

“C-Üzülerek belirtelim ki, bugün ülkemiz bu yargılama anlayışının açmazlarını yaşamaktadır. İnceleme konusu karar da bunun çarpıcı bir örneğidir. Gerçekten, yerel mahkeme, savunmalar dâhil, aşamalardaki bütün anlatımları tutarlı ve mantıklı biçimde sergileyip tartışmış ve ulaştığı vicdani kanı yargısına göre hüküm kurmuştur. Bunları çürütmek olanaksızdır. Olsa olsa, yalnızca öznel değerlendirmelerle bir karşı görüş oluşturulabilir. Ancak bu, yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtayın görevi ve işlevi değildir. O yüzden, mahkemenin gerekçesinde sergilenen nedenler karşısında, Yüce Kurulun bozma kararı hukuka aykırıdır.”

VIII- SONUÇ

Özetle Türk Yargıtayı, duruşma yapmadığı halde olay, olgu, fenomen, eylem sorunlarını belirleme yetkisini, duruşma yapan mahkemelerin elinden almıştır. Bu durumun yeryüzünde bir benzeri de yoktur. Bu tipik bir “yetki aşımı”dır (excès de pouvoir, eccesso di potere). Bu yüzden de bu türden verdiği milyonlarca karar, hiçlikle sakattır; adli yanlışların kaynağıdır.

Temyiz yolunun sınırları konusundaki bu çarpık anlayışın sonucu olarak Türk Yargıtayına gelen dava sayısı bir buçuk milyona dayanmıştır⁴⁸. Hastalık apaçık orta-

⁴⁷ Türkiye, bu konularda, doğruyu kendisi bulan, erken davranan (proaktif) ülke olmalıdır. Her zaman başkalarının, özellikle de Avrupa’nın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ya da Avrupa Birliğinin yetkili kurullarının ya da kişilerinin uyarılarıyla kendi hukukunu çağa uyduran devlet olmaktan kurtulmalıdır. Ölüm cezasında, infaz hukukunda vb. birçok konularda ne yazık ki böyle olmuştur.

⁴⁸ Buna karşılık, Fransa’da özel hukukla ilgili hukuk davalarında ilk mahkemelerden verilen 100 karardan 9’u istinaf mahkemelerine; istinaf mahkemelerinden verilen 100 karardan 13’ü Fransız Yargıtayına gitmektedir. Çünkü insanlar, çoğu kez verilen kararın doğruluğuna inanmakta, yargı yoluna giderek zaman yitirmekten kaçınmaktadırlar (Vincent, Procure civile, Paris, 1974, s. 810, dip not. 1). Bizde ise Yargıtay anlayışını değiştirmedeği sürece, ilk mahkemelerden istedikleri sonuçları elde edemeyen taraflar, temyiz yolunu denemeyi son fırsat ve çare olarak değerlendirmeyi sürdürecektir. Bu nedenle böyle bir durumun Türkiye’de gerçekleşmesi şu anda düş gibi görünmektedir.

dadır. Bu gerçek karşısında Türk öğretisinde Rahmetli Kunter ve öğrencileri dışında bu soruna yeterince eğilen bilim insanının bulunmayışı çok düşündürücüdür⁴⁹.

Hiç kimse, Türk Yargıtayının üst (istinaf) mahkeme yokluğu nedeniyle olay yargısı kurduğunu, bunda haklı olduğunu ileri süremez. Çünkü istinaf yolu, bir kez daha vurgulayalım ki, asla temyiz yolunun boşluğunu dolduran bir çare değildir. Bir başka deyişle, ne istinaf temyizizin, ne de temyiz istinafin yerini doldurabilir. Zira istinafi doğuran gerekçe şudur: Özellikle maddi olay sorunlarının sabit olup olmadıkları yolundaki ilk mahkemece yapılan belirlemenin daha sonra ikinci kez duruşma yapılarak yeni baştan incelenmesini ve belirlenmesini sağlamak. Bu da ancak “sözlülük, açıklık, yüz yüze olma, doğrudanlık, yoğunluk ilkelerine” göre tarafların, tanıkların, bütün kanıt kaynaklarının katıldıkları bir duruşmayla, öğrenme yargılamasıyla (cognizione) olanaklıdır. İlk mahkemenin özellikle olaya ve bu arada hukuka, yaptırıma (sonuca) ilişkin yargıları böylece ikinci kez denetlenmiş olacaktır. Eksiksiz duruşmanın yapıldığı asıl, tipik, klasik istinaf budur. Kimileyin istinaf mahkemesi kanıt değerlendirilmesinde, yargılamada, gerekçede hukuka aykırılık, eksiklik vb. bir sakatlık görmez ve bu belirleme işlemlerini ve etkinliğini yinelemek gereğini duymaz. O zaman duruşmada yalnızca tarafları dinlemekle yetinir. Bu nedenle de, duruşma yapmadığı için kanıt değerlendirmesinde bulunmaz, bulunamaz; sınırlı bir denetleme yaparak hukuki tanıyı ya da yaptırımını (sonucu) değiştirir, ya da olduğu gibi benimser. Bu dar anlamda/atipik istinaftır⁵⁰. Burada bizim için önemli olan şudur: İlk mahkeme gibi tam duruşma yapmadığı durumlarda istinaf mahkemesi olay sorunlarını incelememekte, daha doğrusu doğa ve matematik yasalarının bir izdüşümü olarak inceleyememekte, yargıladığı oranda denetleme yapabilmekte, duruşmayı yeniden yapma/yapmama olgusunu asla göz ardı edememektedir.

İstinafin yolunun evrensel tanımı da budur: Olayın (sözgelimi sübutun, suçluluğun) doğru olup olmadığının ikinci kez incelenmesi (16.12.1966 tarihli B. Milletler New York Sözleşmesi, m.14/5).

İstinafin yolunun amacı, yargısal görüş/içtihat birliğini sağlamak değil, maddi olayların yeniden duruşmayla incelenmesini gerçekleştirmektir. O nedenle, istinaf ikinci derecedir. Nitelik açısından düzeltme (reformatio) yoludur. Çünkü esasa hükmeder. Yollama yargılaması ilke olarak söz konusu değildir. Temyizin amacı ise, yargısal görüş/içtihat birliğini sağlamaktır. Maddi olay yargılaması (duruşma) yapılmadığından ne ikinci ne de üçüncü derecedir; sadece hukuki derece mahkemesidir. Düzeltme değil, bozma (cassation, abolitio) yapar. Esasa hükmetmez, edemez. Kapsısı, ancak yollama yargılamasına açıılır.

⁴⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, n. 105.1.

⁵⁰ Tipik istinaf, atipik istinaf kavramları için bk. Yenisey, Ceza Muhakemesinde İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, (tez), İstanbul, 1979, s. 58 vd.

Demek, istinafla temyiz yolları arasında hiçbir benzerlik ve organik bağ, bir arada yaşama koşulu (symbiose) ve izleksel (tematik) ortaklık yoktur. Nitekim 1944 yargı yılı açış konuşmasında bu köklü başkalık, ilk kez çarpıcı biçimde vurgulanmıştır.

Eğer istinaf böyle anlaşılmaz da, sanki temyiz yolundan önceki temyiz yolu gibi bir denetim yargılaması diye algılanırsa, yanlış üstüne yanlış yapılır, her şey alt üst olur.

Görülüyor ki, yukarıdan beri sergilenen kurallar, ister istinaf, ister temyiz olsun, hukukun her alanında geçerlidir.

Bütün hukukçuların, önyargısız olarak, bu sakıncalardan, açmazlardan, tehlikelerden kurtulmak ve bunların tersinin gerçekleşmesini sağlamak için, Yargıtay denetimi konusundaki görüşlerini yeni baştan gözden geçirmeleri zorunludur.

Yapılacak iş bellidir. Yargıtayın inceleme sınırlarını belirleyen doğanın, matematiğin yasalarıdır. Bu yasalar, öylesine kesin, değişmez ve apaçık bilgiler sunar ki, sözelimi, iki artı iki dört, evrenin, doğanın her anında ve yerinde aynıdır. Bu yasayı evren, doğa bile bugüne dek değiştir(e)memiştir. Evrenin, doğanın değiştiremediği bir matematik, mantık yasasını, kuralını, Türk Yargıtayı bu evrende bulunduğu sürece öncelikle (evleviyetle, a fortiori), hiç mi hiç değiştiremez.

İki bin yıldır Batı, hukuk biliminin ışığında ilerliyor. Bu hukukun kapısından, ancak Kartezyen mantıkla girilebilir. Türkiye benimsemek iddiasıyla çıktığı Batı hukukuyla iç içe yaşamak, bilgi aktarımını sağlıklı yapmak zorundadır. Bu yapılmadığı takdirde Türkiye, Batıyla yalnızca kan uyuşmazlığına düşmez; bunun da ötesinde, yalnızlığa, otarşıye, otizme itilir; itildikçe de gelişemez, pıhtılaşır. Böyle bir hukuk, takma (protez) organ gibi iğretidir. Taşralıdır. Özünden soyutlanmıştır.

Dünya, “bilgi üretme ve tüketme çağını yaşıyor” (Garaudy). Bilgiler, Max Weber’in uzak görüşü doğrultusunda, on yıla kalmadan eskiyor. Yapabilen için her kayada bir Venüs heykeli vardır. Bilimin ivmesine ayak uydurmalıyız. Uyduramazsak ve “kabımızı küçük tutarsak, denizden yakınmaya hakkımız olamaz” (Mevlana). Kendi kendisiyle yetinenler, yakın akraba evlilikleri gibi, hastalıklı ürünler devşirmeye mahkûmdurlar. İnsanımıza, gelecek kuşaklara karşı sorumluyuz. Kurumları ve kavramları oturmuş bir hukuk sözlüğünü tez elden oluşturmalıyız. Yeni şeyler icadına gerek yok. Örnekler çok ve önümüzdedir. Bir hukuksal görüş/içtihat mahkemesine, içtihat ve gerekçe kavramına, uzatmalı duruşmalardan uzak bir yargılamaya ancak böylelikle ulaşabiliriz.

Bunun için ille de başkalarının ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) bir kararını beklemeye gerek yok.

Yok, ama bugüne dek inceleme konusunda AİHM’nin kapısını çalan da olma-

mıştır. Asıl şaşılacak nokta budur. Çünkü ülkemizde adeta bütün hukukçular, Yargıtay yargıçlarının a'dan z'ye her sorunu inceleyip karara bağlayacağına inanmışlar ve irdelemeden bu yanlışı benimsemişlerdir.

Bu konuyu incelemek üzere Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun görevlendirmesi üzerine 1984 yılında Fransa ve İtalya'ya gittik. Aynı yıl dönüşte, dönemin Merhum Yargıtay Başkanının isteği doğrultusunda, Yargıtay üyelerine, yargıçlarına ve savcılarına bir konuşma yaptık. 1989 yılında ikinci kez Avrupa Konseyinin isteği ve Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun oluru doğrultusunda aynı konuyu yeniden inceleme üzere Fransa'ya gittik ve bu ülkenin Yargıtayında kırk gün süreyle, dairelerin görüşmelerine de katılarak, inceleme yaptık; sonucu Avrupa Konseyine bir rapor olarak sunduk. Bu rapor, 1990 yılında AÜSBD'de yayımlanmıştır. Yukarıda sergilenen görüşler, 1984 yılından sonra Yargıtay Ceza Genel Kurulunun katıldığımız görüşmelerinde sözlü olarak ve kaleme alınan karşılıyolarda yazılı olarak dile getirilmiştir. Ancak bir sonuç alınamamıştır. Bugün de durum değişmemiştir. Bu yüzden yazıyı okuyanlar yinelemeli vurgulamaların çokluğunu yadırgamamalıdır.

Yargıtaya gelen dava sayısı dolayısıyla sorunun yaşamsal önemi, günümüzde daha da çarpıcı duruma gelmiştir.

Umarız ve dileriz, AİHM'nin Türk devletini kesinlikle mahkûm edeceği bir kararından önce soruna eğilen olur.