

## TEMYİZ KANUNYOLUNDA REFORM

Prof Dr. Nurullah KUNTER

### 1. Giriş

#### 1. 1. Tutulan yol

Ceza Adaleti sahasında yapılması gerekli reformların ilkelerini tartışmak üzere tertiplenen Sempozyumun kanunyollarına ayrılan ikincisinde «temyiz» kanun yolunu sunmak ödevi ve şerefi bana verildi. Tartışmalara bir temel hazırlamak amacını güden bu raporu hazırlarken iyi bir Yargıtay Raportörü gibi hareket etmeye çalıştım. Dosyayı inceledim. Dosyadan maksat bu konuda şimdiye kadar söylenmiş, yazılmış sözler ve mahkemelerce verilmiş kararlardır. Böylece ne gibi hukuki meselelerle karşı karşıya olduğumuzu tesbit ettim. Bunların çözüm çareleri hakkında da görüşlerimi belirttim. Ondan bir noktada ayrıldım. O, bütün meseleleri daireye açıklamak zorunda olduğu halde, ben bir eleme yaptım. Buradaki sınırlı zamanımızı düşünerek, bu sefer de iyi bir yasacı gibi harekete çalıştım. Her aksayan noktayı yarım yamalak tartışabilmekten ise, önemlileri tam tartışılсын diyerek, sadece yasama veya içtihat yolu ile değiştirilmesi temyiz yolunun ıslâhında esaslı bir rol oynayabilecekleri ele aldım.

#### 1. 2. Konunun sınırlanması

Temyiz yolu Ceza Muhakemesi Hukukuna mahsus olmayıp, Muhakeme Hukukunun diğer dallarında da düzenlendiğine göre, konunun bir bütün olarak ele alınması elbet daha uygun olurdu. Ben

Muhakeme Hukukunun bütünlüğüne inanmış ve bunun cezaî, medenî ve idarî dallarının ayrı ayrı incelenmesinin bütünlüğün gözden kaçmasına yol açtığını görmüşümdür. Ancak Ceza Adaleti Reformunu tartışan bir sempozyumda sınırları aşamazdım. Onun için konuyu sadece Ceza Muhakemesi Hukuku açısından inceledim. Yeri düştükçe, yargılama organı olan Yargıtay ortak olduğu için Medenî Muhakeme ile de karşılaştırmalar yaptım. İdarî Muhakeme Hukukuna temas dahi etmedim. Hattâ konuyu dağıtmamak için, Ceza Muhakemesi Hukukunun da genel olanı ile yetindim. Askerî Ceza Muhakemesi ve Malî Ceza Muhakemesi gibi özel dallarla uğraşmadım. Hatta, genel Ceza Muhakemesi Hukukunda şahıs bakımından yetki dolayısı ile özellik taşıyan muhakemelerde temyiz yolunu bile ele almadım. Özel muhakemelerdeki temyiz onların özel çerçevesi içinde incelenmesini uygun buluyorum. Bununla beraber, Genel Ceza Muhakemesi Hukukunun genel olan temyiz yolu bakımından yapacağımız tartışmaların Muhakeme Hukukunun ortak noktalarına ilişkin oldukları ölçüde diğer dallar ve özel bölümler bakımından da yararlı olacağına eminim.

### 1. 3. Plânın ana hatları

Raporumda şöyle bir plân uygulayacağım. Temyiz yolunu I) Yargıtay öncesi, II) Yargıtay, III) Yargıtay sonrası olarak üç bölüme ayıracağım. Her bölümde reform önerilerine yol açabilen meseleleri gruplar halinde toplayacağım. Bu gruplar alt bölümleri teşkil edecektir.

## I) YARGITAY ÖNCESİ BÖLÜM

### 2. Temyiz kabiliyeti

#### 2. 1. Muhakemenin durması kararı

Kanunun hüküm dediği ve benim sonkarar demeyi tercih ettiğim kararların temyiz edilmesi ve ara kararlarının ayrıca temyiz edilmemesi veya sonkarara tesir etmemişse temyiz edilememesi genellikle benimsenmiş ise de, nelerin hüküm sayılacağı yani temyiz edilebileceği tartışmalıdır. Bu da, 253. maddede hüküm sayılanların birer birer gösterilmesinden ileri gelmektedir. Meselâ duruşmanın tatili kararı hüküm sayılmakta idi. 5.3.1973 tarihli 1696 sayılı Ka-

nunla yapılan tâdilde, «duruşmanın tatili» yerine «muhakemenin durması» denmiş ve bu karar «koğuşturmanın ve dolayısıyla muhakemenin yapılması şartına bağlı tutulmuş olup da şartın gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek üzere muhakemenin durmasına karar verilir» diye açıklanmıştır. Durma kararı henüz muhakeme bitmeden de verilebilecek kararlardan olduğundan ve çok defa da böyle verildiğinden, sonkarar değildir. Sadece sonkarar verilecek hale gelinmiş ve şart yüzünden mahkûmiyet kararı verilemediği için onun yerine durma kararı verilmişse, bu karar sonkarar sayılabilir (1). Bu hallerde şart gerçekleşince, mahkûmiyet kararı durma kararı yerine geçebileceğinden bu çeşit durma kararlarının sonkarar sayılarak temyiz edilebilmesi kabul olunabilir. Bu istisna dışında kalan hallerde durma kararları temyiz edilememelidir (2). Zira bir kararın hüküm (veya sonkarar) sayılması için duruşma bitmiş olmalıdır. Bunun için de delillerin ortaya konması ve tartışılması bitecek, sonuç çıkarmaya gelinecek, iddia ve müdafaalar yapılacak, gerekiyorsa, cevaplar verilecek ve ondan sonra yapılacak başka bir iş kalmadığı anlaşılırsa, duruşmanın sona erdiği bildirilecek ve hüküm verilecektir. Şu halde, muhakemenin durması kararı duruşmanın sona erdiği söylenmeden verilmişse, hüküm değildir ve temyiz edilemez. En çok rastlanan şikâyet misâlinde muhakeme şartının gerçekleşmesi şikâyet süresinin sonuna kadar bekleneceğinden, diğer şartların gerçekleşmesi de sonsuz bir şekilde mümkün olamayacağından, böylesine geçici kararlarla Yargıtay yorulmamalıdır. Bunun için kanun değişikliği gerekmez. İçtihatlarla hallolunabilir. Netekim, 17.12.1930 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı ile halledilmiştir. Fakat bu içtihat hakiki durma kararlarına hasredilmeli, yanlış kullanılan tâbire bakılmamalıdır (3).

## 2. 2. Dâvanın düşmesi kararı

Dâvanın düşmesi kararı da muhakemenin durması gibi bazan

(1) KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bası, İstanbul, 1970, s. 624.

(2) TOSUN, bu ayrımı yapmadan temyiz edilmeme taraftarıdır. (Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, II. Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul, 1973, s. 196).

(3) Netekim bakılmadığı yolunda kararlara rastlanmaktadır. Me-selâ: 5. CD: 17.4.59 (ÇAĞLAYAN: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, cilt II, 1966, s. 378), 4. CD: 30.3.44 (Adalet Dergisi 1946, s. 31).

duruşma sonunda verilir. O zaman hakikaten sonkarardır. Bazan da duruşma sona ermeden verilir, yani ara karardır. Fakat durmadan farklı olarak düşme kararları sadece o dâvanın muhakemesinin değil, fakat aynı konudaki dâvaların da muhakemesinin yapılması sonucunu doğurduğundan uyuşmazlığı dolayısıyla yargılayan bir karar yani sonkarar niteliğinde olduğundan, içtihat yolu ile bunların da hüküm sayılarak temyiz edilebileceği kabul olunabilir. Netekim olunmaktadır.

### 2. 3. Dâvanın reddi kararı

253. maddenin yeni şekli dâvanın reddi kararının da hüküm sayılacağını belirtmekte ve «aynı konuda aynı sanık için verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dâva varsa, dâvanın reddine karar verilir» demektedir. Bu halde mahkemece verilen dâvanın reddi kararının uyuşmazlığı kesip atan bir sonkarar niteliğinde olduğu ve dolayısıyla temyiz edilebileceği şüphesiz ise de, bizce madde yeteri kadar açık değildir (4). Bunun çaresi maddedeki konu terimini eylem manasına almak ve açılmış dâvanın veya verilmiş hükmün ceza dâvası veya ceza mahkemesi hükmü olduğunu içtihat yolu ile kabul etmektir.

### 2. 4. Temyiz olunamayacak kararlar

#### 2. 4. 1. Muhakeme Hukuku esasları bakımından durum

Yargıtayın yükünü azaltmak amacı ile sonkarar çeşidi bakımından temyiz olunabildiği halde, fazla önemli sayılmıyabilen bazı kararların temyiz edilmemesi kabul edilmiş ve hattâ 305. maddedeki sınırların biraz daha genişletilmesi hep istenilmiştir. Bu hüküm Muhakeme Hukukunun esaslarına aykırı değildir. Gerçekten hukuka aykırı olduğu iddia olunan her karara karşı mutlaka kanun yolu dâvası açılması Muhakeme Hukukunun esaslarından değildir. Olamaz da. Kanun yolu muhakemesinin işleri uzattığı bir gerçektir. Muhakemenin mümkün olduğu kadar çabuk sona ermesi ve suçluların bir an önce cezalandırılması gerektiğinden, her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi zardır. Kaldı ki, çok iyi niyetle de olsa, hepsindeki hataları giderelim dersek, önemlileri dahil hiçbirindeki hatayı gideremeyiz, çünkü kanun yolu mekanizması işlemez hale gelir. Önemsiz sayıla-

(4) KUNTER: Ceza Muhakemesi Kanununun Değiştirilmesi Tasarısı hakkında düşünceler, İstanbul, 1972, s. 37.

bilecek kararlardaki aykırılıklara göz yummaktan başka çare yoktur (5).

#### 2. 4. 2. Kanunumuz bakımından durum

1696 sayılı Kanunun 305. maddedeki temyiz edilememe sınırını biraz yükseltmesi bu bakımdan esas itibarile isabetli olmuştur. Ancak yukarı haddi 1.000 lirayı geçmeyen kabahatların pek az olacağını sandığımdan, beraatlerde bu sınırı yüksek bulmaktayım. 500 liralık sınır uygulanması doğru olurdu diye düşünüyorum. Mahkûmiyetlerde 500 liralık sınır da bana yüksek görünmektedir. Olağanüstü temyiz yolunun olagan hale gelmesine yolaçılacağından korkuyorum (6).

#### 2. 4. 3. Beraete benziyen sonkarar niteliğinde kararlar

Sonkarar mahiyetindeki «dâvanın düşmesi» «muhakemenin durması» ve «dâvanın reddi» kararları beraata benzediğinden, yukarı haddi 1000 lirayı geçmeyen kabahatlardaki beraat kararlarının temyiz edilemeyeceği hükmü bunlara da içtihat yolu ile uygulanmalıdır.

#### 2. 5. Emniyet tedbiri muhakemesinde temyiz

Temyizolunabilen kararlar bahsında kanunun ele aldıkları, dar manâda ceza dâvaları sonunda verilen kararlardır. Emniyet tedbirleri dâvaları bu düzenlemenin dışında kalmışlardır. Küçük çocuklar, akıl hastaları, uyuşturucu madde veya alkol müptelâsı sanıklar bakımından sözkonusu olan ve geniş manâda ceza dâvasının bir dalını teşkil eden emniyet tedbiri muhakemesi kanunlarımızda sistemli bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır. Emniyet tedbiri muhakemesinde verilen kararlar ile, dar manâda ceza muhakemesinde verilen kararlar arasındaki fark müeyyide bakımından olduğuna ve suçluluk bakımından verilen kararlar arasında fark bulunmadığına göre, emniyet tedbiri muhakemesinde verilen ve dar manâdaki ceza muhakemesindeki sonkararlara tekâbü'l eden kararlar, aksine sarahat olmadıkça, temyizedilebilmelidir (7). Emniyet tedbiri hükmeden kararların temyiz edilemeyeceği yolunda rastladığım ba-

(5) KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 659.

(6) KUNTER: Düşünceler, s. 40.

(7) KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 698; TOSUN, s. 195.

zı kararları isabetli bulmamaktayım. Bu mesele bence içtihat yolu ile halledilebilir.

## 2. 6. Tali ceza muhakemesinde temyiz

Tali ceza dâvalarının muhakemesinde verilen kararların temyizi konusu da kanunda sisteme bağlanmış değildir. Yasak hakların geri verilmesine veya bu dâvaların reddine dair olan kararlarda olduğu gibi temyiz edilebileceklerin kanunda gösterildiği vardır. Bunun dışında kalan hallerde kararın niteliğine bakılmalı, sonkarar niteliğinde ise, temyiz yolu kabul edilmelidir (8). Ancak tali ceza dâvaları tekrar birer birer gözden geçirilmelidir. Bunların bir kısmında itiraz kabul edilirse, artık temyize ihtiyaç duyulmaz ve bu da Yargıtayın yükünü biraz azaltabilir.

## 3. Temyiz şartları

### 3. 1. Dâva şartı

#### 3. 1. 1. Resen temyiz istisnası

Temyiz şartlarının başında istek yani temyiz dâvası gelir. Muhakeme Hukukunda dâvasız yargılama olmaması ana prensiplerendir. Bu prensipe aykırı düştüğü içindir ki, re'sen temyiz hükmünü doğru bulmamaktayım. 305. maddedeki 15 sene ve daha yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalarla ölüm cezalarına ait hükümlerin re'sen temyizi hakkındaki istisnanın kaldırılmasına taraftarım (9). Başka memleketlerde görülmeyen bu istisnanın kaldırılması sanık bakımından teminatsızlık teşkil etmiyecektir. Zira, sanığın temyiz hakkı kalkmıyacaktır. Eğer bu mahkûmiyet hükümlerinde hukukî hata varsa, sanık temyiz yoluna başvurabilecektir. Hatta savcı da sanık lehine temyiz edebilecektir. Tasarı Meclise sevk edilirken bu hüküm ilâve edilmiştir. İstanbul Komisyonu tasarısında mevcut değildir. İlâvenin sebebi, herhalde, memleketimizin her yerinde müdafî bulmak imkânı olmadığının düşünülmesidir. Bugün ağırceza mahkemelerinin bulunduğu yerlerde müdafî bulunabileceğine,

(8) KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 698.

(9) KUNTER: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 700.

malî imkânı müsait olmayanlara adli müzaheret yolu ile müdafî tayin edilebileceğine göre, bu istisnaya ihtiyaç kalmamıştır. Bu istisnanın bence asıl sakıncası, sebep göstermeden temyiz yoluna gidilmesi bakımındandır (9. 4. 5.).

### 3. 1. 2. Temyiz sebebini göstermeme istisnası

Temyiz dâvası açmak, bizde «temyiz ediyorum» şeklinde olabilmektedir. Çünkü kanun 1936 tâdilinde, mehzaz kanununun sisteminde ayrılarak temyiz sebeplerini göstermeği ihtiyara bırakmıştır. «İstemezük» zihniyetinin hortlaması mahiyetinde olan bu tâdil isabetsiz olmuştur. Temyiz sebeplerini yani sonkararın hangi noktalarının hukuka aykırı olduğunu belirtmenin önemi üzerinde fazla durmaya lüzum yoktur. Böylece ve bunun tabii sonucu olarak Yargıtay incelemelerini belli noktalara hasretmekle enerjiden ve vaktinden çok kazanacaktır (9. 4. 1.). Hele bu noktaların hukuka aykırılığı olduğunun gerekçesi de belirtilirse, bu gerekçe Yargıtayı bağlamasa da, onun işini büyük ölçüde kolaylaştıracaktır (9. 4. 5.).

### 3. 2. Süre şartı

Temyiz şartlarının ikincisi olan sürenin bir hafta olması kaidesinin yersiz bir istisnası vardır. Temyiz dâvası açan, mahkeme nezdindeki savcılık değil de, o durumdaki savcılık veya üst savcılık ise, temyiz süresi tevhimden itibaren birinci halde bir ay (m. 310), ikinci halde 30 gündür (Yürürlük K. m. 28). Bir an önce kesinleşmesi için bir hafta gibi oldukça kısa bir süre kabul edilmiş hallerde, sulh veya asliye mahkemesi kararlarına münhasır olsa da, ancak bir ay veya 30 gün sonra yargı halini alması sonucunu doğuran ve tarafların eşitliğine ters düşen bu hükmü sakat bulmaktayım. Bu savcılara temyiz yetkisi tanınacaksa, kararlar onlara da derhal tebliğ edilmeli ve onlara tebliğden itibaren herkes gibi bir haftalık süre tanınmalıdır.

### 3. 3. Para yatırma şartı

Temyiz şartlarının üçüncüsü de, 10 liranın yatırılmasıdır. Burada, Fransız Kanununun açıkça belirttiği gibi, temyiz dâvasının reddi halinde hükmolunacak para cezasının önceden yatırılması durumu vardır. Sonkarar bozulursa, bu para iade edilir. Netekim bizde de, temyiz dâvasının sonucuna göre, ya Hazineye irat kaydedilmekte, ya geri verilmektedir (m. 310). Bu şart konusunda iki yol

tutulabilir. Ya bu 10 lira temyiz dâvalarının uluorta açılmasını önleyecek bir seviyeye çıkarılır yahut fazla bir işe yaramayan bu şarttan vazgeçilir. Mehzaz Kanunda da, bulunmayan bu şarttan vazgeçme yolu daha uygun görünmektedir (10).

#### 4. Esas Mahkemeye yapılacak işler

##### 4. 1. Temyiz dâvasının kabulü bakımından denetim

###### 4. 1. 1. Kanunun durumu

Herhangi bir dâvada ilk iş, dâvanın kabul edilebilirliği bakımından bir araştırma yapıp karar vermek ve böylece kabul edilmeyecek işlerle yargılama makamlarını uğraştırmamaktır. Temyiz dâvasında da hükmü temyiz olunan mahkeme ilk iş olarak bu araştırmayı yapmalıdır. Kanun bunu sadece süre ve para yatırılması şartlarını araştırma olarak kabul etmişti. Esas mahkemeye kararın temyiz kabiliyeti ve kanunyoluna başvuranın bu konudaki yetkisi bakımlarından araştırma yetkisi vermemesi isabetsizdi. Bu isabetsizlik maddenin 1696 sayılı kanunla tâdili ile giderilmiştir. Mahkeme bu sebeplerle temyiz dilekçesini kabule şayan olmamasından dolayı ret edebilmektedir (m. 315). Bu karara temyiz dâvasının kabule şayan olmaması kararı veya kısaca temyiz dâvasının kabul edilmemesi kararı denilmesi daha uygun olacaktır.

###### 4. 1. 2. Uygulama

Esas mahkemelerinin temyiz dâvalarının kabule şayan olup olmadığını denetleme yetkilerini kullanmayıp Yargıtaya gitmeyecek birçok dâvaları gönderdiği kararlardan anlaşılmaktadır. 315. maddeyi uygulamaya hâkimleri mecbur edecek çareler ve müeyyideler araştırılmalıdır.

##### 4. 2. Temyiz dâvasının taraflara bildirilmesi

Esas mahkemenin kabule şayan gördüğü dilekçenin bir suretini, süresinde verilmişse, temyiz lâyihası ile birlikte karşı tarafa teblig etmesi mecburî olduğu halde, (m. 316), bu bildirme yapılmadan dosyanın Yargıtaya gönderildiğinden şikâyet olunmaktadır

(10) İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ CEZA HUKUKU VE KRİMİNOLOJİ ENSTİTÜSÜ: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun değiştirilmesine dair 1966 Öntasarısı hakkında rapor (Kollektif), İstanbul, 1966, s. 61.; EREM: Ceza Usul Hukuku, 2. bası, Ankara, 1968, s. 491.



(12). Bu hatalı uygulamaya yüzünden hem karşı taraf temyiz edenin gerekçelerini çürüterek kendisini savunma imkânından, hem Yargıtay incelemesinde kendisine çok yarayacak olan karşı görüşten mahrum kalmaktadır. 316. maddeyi muhakkak uygulanır hale getirmek lâzımdır. Bunun için Yargıtay her şeyden önce bu tebligatın yapılıp yapılmadığını araştırmalı, yapılmamışsa, derhal geri çevirmelidir. «Biz karşı tarafın söyleyeceklerinden iyisini biliriz» diye Yargıtayın bu aykırılığa ses çıkarmayıp inceleme yapması, tarafların tutacağı ışıktan yoksun kalan Yargıtay hâkimlerinin işini güçleştirir, onlara zaman kaybettirir ve hattâ isabetsiz kararlar vermelerini mümkün kılar (13).

## II) YARGITAY BÖLÜMÜ

### 5. Başsavcılık tebliğnamesi

#### 5. 1. Faydası

Dosya Yargıtaya gelince ilk iş Başsavcılığın tebliğnamesini hazırlayıp dosyaya koymasındır. Kanun Yargıtayın mümkün olduğu kadar isabetli karar vermesi için Başsavcılığın da mütalâasını bildirmesini istemiştir. Başsavcılık ileri sürülen temyiz sebepleri ile bağlı kalmadan dosyayı tetkik edecek ve gördüğü temyiz sebeplerini bildirecektir. Böylece Başsavcılık da Yargıtaya ışık tutmaktadır. Görevi kanunların iyi uygulanması ve hukuka aykırılıkların giderilmesi olduğundan, Başsavcılığın bu mütalâası sanığın müdafisiz olması boşluğunu da dolduracak ve Yargıtay hâkimlerini gösterilmemiş hukuka aykırılıkları da araştırmaktan kurtaracaktır. Memleketimizin şartları bakımından Yargıtayda gösterilmemiş hukuka aykırı noktaların da araştırılması gerekiyorsa, bunu yapacak olan ve yapması gereken makam Yargıtay Savcılığı olan Başsavcılıktır.

#### 5. 2. Tambığı

Taraflar nasıl birden fazla temyiz sebebi varsa hepsini göstereceklerse, Başsavcılık da böyle hareket etmelidir. Çokça görüldüğü gibi meselâ madde itibarile yetkisizlik aykırılığı bulunup sadece

(12) EREM, s. 496, ERMAN: Ceza Muhakemeleri Usulünün temyiz bahsinde tatbik edilmeyen bir maddesi, İstanbul Barosu Dergisi, 1956, s. 3.

(13) KUNTER, s. 704.

onun belirtilmesi doğru değildir. Zira Yargıtayın madde itibarile yetkisizlik görüşünü benimsememesi mümkündür. Kaldı ki, Yargıtay bile bütün bozmalar hakkında birden karar vermelidir (9. 4. 6.). Başsavcılığın mütalâasını tam bildirmediğine rastlanılmaktadır. Bu hallerde ya daireler geri çevirmektedir ki, bu da vakit kaybına sebep olmaktadır, yahut tetkiklerine devam etmektedirler ki, bu takdirde de, Başsavcılığın tutacağı ışıktan yoksun kalmaktadırlar (14).

### 5. 3. Taraflara bildirme

Başka memleketlerde hep duruşma yapıldığından, Başsavcılığın mütalâasını taraflar duruşmada öğrenebilmektedir. Bizde, duruşma yapılmaması kaide olduğuna göre, tebliğnameye karşı görüşlerini bildirme imkânı taraflara verilmelidir. Bu da tarafların ileri sürdüklerinden farklı bir bozma noktası veya gerekçesi ihtiva eden tebliğnamenin taraflara tebliği ve kendilerine cevap için bir hafta süre verilmesi ile olabilir. Posta dahil bunlar 15-20 günlük iştir. Dosya daireye geldikten sonra nasıl olsa 20 gün içinde bakılamadığına göre, hakikatta bir gecikme olmayacaktır.

## 6. Temyiz muhakemesinde avukatlık

### 6. 1. Avukatların hukukî durumu

Temyiz dâvası üzerine gerekli mütalâalar da alındıktan sonra, hukuka aykırı olduğu iddia edilen noktalar hakkında yargılama makamı olarak daire yargılama yapacak ve böylece iddia, müdafaa ve yargılamadan meydana gelen bir temyiz muhakemesi sözkonusu olacaktır. Bu muhakemede taraflar iddia ve müdafaa görevlerinin lâıyıkı ile yapılabilmesi için çok defa avukatlara başvururlar. Bu avukatların hepsine müdafî denilemez. Çünkü, sadece sanık bakımından yardım sözkonusu değildir. Şahsî dâvacının, müdahale edenin, aleyhine şahsî hak dâvası açılmış olan kimsenin de avukatı bulunabilecektir.

### 6. 2. Temyiz avukatlığı meselesi

Temyiz muhakemesinde rol alacak avukatların ayrı bir kategori teşkil etmeleri temenni olunmuştur (15). Temyiz lâyihasını bir

(14) KUNTER, s. 704.

(15) TOSUN, s. 194.

avukatın imzalaması sistemini daha kabul edememiş, temyiz lâyihasını dahi mecburî kılamamış bir memleket için bu temenniye gerçeklere aykırı bulmaktayım. Hatta temyiz lâyihası mecburî olsa dahi, onu belli avukatların hazırlaması veya duruşmalara belli avukatların çıkması da pratik bakımdan büyük güçlükler doğuracaktır. Böyle bir sistem Fransa'da varsa da, orada da bugün bu sistemin değiştirilmesi istenilmektedir.

## 7. Temyiz dâvasının kabul edilebilirliğinin denetimi

### 7. 1. Terminoloji

Daire esasa geçmeden, temyiz dâvasının kabule şayan olup olmadığını araştırarak ve gerekiyorsa, kabule şayan olmama veya kabul edilmezlik kararı verecektir. Kanun buna temyiz isteğinin reddi kararı demektedir (m. 317). Esas hakkındaki retten ayırmak için, kabul etmeme veya kabul edilmezlik denilmesi uygun olur.

### 7. 2. Denetleme gereği

Esas mahkemenin kabul konusunda araştırmayı gereği gibi yapmamış olması mümkün olduğundan, Yargıtayın bu denetimi dikkatli bir şekilde yapması şarttır. Bu araştırmanın bazan gereği gibi yapılmadığını gösteren bir karara rastlanmıştır. Bu yüzden Yargıtayın temyiz şartları bakımından yanılması sebebiyle mahkemenin ısrar edemeyeceğine karar verilmiştir (16).

### 7. 3. Denetleme konusu

Temyiz dâvasının kabulü bakımından Yargıtayın temyiz şartları ile yetinmesi isabetsizdi. 317. maddenin 1696 sayılı Kanunla tâdil edilerek kararın temyiz edilebilirliği ve temyiz edenin yetkisi bakımlarından da inceleme yapılacağı belirtilmesi isabetli olmuştur.

## 8. Yargıtayın ara kararları

### 8. 1. Ara kararların çeşitleri

Yargıtayın önkarar denilebilecek kabul konusundaki karardan sonra işin esasını doğrudan doğruya çözen sonkararından önce verebileceği çeşitli ara kararları vardır. Ben bunları: 1) dosyanın geri gönderilmesi, 2) dâvanın düşmesi, 3) muhakemenin durması

(16) Ceza Genelkurulu: 7.5.62 (ÇAĞLAYAN, c. III, s. 122).

olarak sınıflandırıyorum. Bu ara kararlarından çoğu esasın incelenmesine başlanmadan verileceğinden, zaman ve enerji kazanma bakımından çok faydalıdırlar. Bu kararların verilmesi içtihatla da bir düzene konulabilir.

### 3. 2. Dosyanın geri gönderilmesi kararı

Dosyanın geri gönderilmesi kararı şu hallerde verilmelidir :

a) Temyiz dâvası geri alınmışsa, b) Esas mahkeme temyiz dâvası ile ilgili bir işlemi yapmamışsa (meselâ gerekçeli kararı tebliğ etmemişse, veya temyiz dilekçesine karşı tarafın cevap verme imkânını sağlamamışsa), c) Dâvanın düşmesine karar vermek için yeni bir soruşturma gerekiyorsa, ve ayrıca bozma sebebi yoksa (meselâ mahkemenin sonkararından sonra dâva zamanaşımına uğrayabilir, fakat zamanaşımının kesilmiş veya durmuş olması ihtimali de bulunabilir. Bu hususun araştırılması gerekiyorsa, Yargıtay dosyayı geri göndermelidir. Ancak bu son halde başka bozma sebebi olup olmadığı da aranacağından, bu ara kararını esasa girmeden vermeğe imkân yoktur).

### 8. 3. Dâvanın düşmesi kararı

Dâvanın düşmesi kararı, düşme sebeplerinden birinin sonkarardan sonra ortaya çıktığının görülmesi ve bunun için bir soruşturma gerekmemesi halinde verilmelidir. Bu halde bozma sebebi olup olmadığını araştırmaya artık mahal kalmamıştır. Yargıtay düşme sebebini esası inceledikten sonra ve temyiz dâvasını ret (bugünkü tâbirle tasdik) kararı vermek üzere iken öğrenmişse, ret kararı da sanık lehine ise, bu sonuncu kararı tercih etmelidir.

### 8. 4. Muhakkemenin durması kararı

Muhakkemenin durması kararı, ancak Yargıtaydaki muhakemeyi de durdurması kabul edilebilecek bir durma sebebi sonkarardan sonra ortaya çıkmışsa, verilmeli ve sebep kalkınca yargılamaya devam edilmelidir.

## 9. Yargıtayın kanun yolu yargılaması

### 9. 1. Duruşma

Yargıtay dâvanın kabul edilmezliği kararı vermezse, ara kararları da sözkonusu değilse, işin esasına girecek yani aykırılık id-

dialarının haklı olup olmadığını tayin edecektir. Yargıtayın yaptığı bu iş, iddia ve müdafaa nazara alınarak uyuşmazlığın çözülmesi olduğuna göre, yargılama (kaza) dır. Bu yargılama bildiğime göre, her yerde duruşmalı yapılır. Duruşmanın da sayılamıyacak kadar çok faydaları vardır. Ancak bizimki kadar yüklü bir Yargıtaydan her işte duruşma yapmasını istemenin de insafsızlık olacağını takdir ediyorum. Onun için bu dileğimi Yargıtayın işlerinin azalacağı zamana saklıyorum. Buna karşılık duruşma yapıldığında da, tam yapılmalıdır. Meselâ müdahil kabul edilmeli ve yine yazılı muhakemeye dönülmemek için, duruşmanın hemen akabinde karar verilmelidir (17).

## 9. 2. Hukukî denetim

Temyiz yolunun görevi hukukî denetimdir. Bu yol esas mahkeme sonkararlarında hukuka aykırılık iddialarının haklı olup olmadığının araştırılması için kabul edilmiştir. Bunun içindir ki, bu yola hukukî derece de denilmiştir.

Temyiz yolunun hukukî derece olmasının iki sebebi vardır. Bir kere deliller tekrar veya ilk defa olarak ortaya konulmak suretile dar manâdaki Ceza Muhakemesinin sonsonuşturma safhası niteliğinde bir öğrenme muhakemesi yapılması hemen hemen imkânsız olduğu için, istinaf ile temyiz birbirinden ayrılmış ve hiçbir memlekette maddî meselenin istinaftan sonra üçüncü derece olarak temyiz yolunda ele alınması kabul edilmemiştir. Burada sözkonusu olan imkânsızlık maddîdir. Diğer taraftan işin hukukî yönden bir kere daha ve merkezi bir organ tarafından ele alınması hem pratik bakımdan mümkün hem de müşahhas olmayıp mücerret olması bir kişiyi değil, milyonları ilgilendirmesi bakımından, daha faydalıdır. Yargıtay müşahhas olayı ilgilendiren maddî meselelerle uğraşırsa, içtihat yaratmakta önderlik görevini yapamaz. Gerçi maddî ve hukukî meselelerin birbirinden ayrılması sonkararın mantıki bütünlüğüne aykırıdır, çok da güçtür. Fakat imkânsız da değildir. Hatta kanunen mecburî olması bir yana Yargıtayın sadece hukukî derece olarak kabulünü gerektiren maddî şartlar bakımından zorunludur da. Onun için maddî ve hukukî mesele ayırımı sanıldığı gibi (18) sadece nazarı değildir. Uygulamada da yapılagelmektedir. İctihadın hemen her memlekette bocaladığı ve Yargıtayın denetim alanının

(17) KUNTER, s. 706.

(18) EREM, s. 484.

genişlediği bir gerçektir. Bütün mesele, hukuka aykırılık konusunda kitapta kalmayacak, uygulanabilecek bir nazariye ortaya koyabilmektedir (19).

Yargıtayın istinaf gibi maddî meselelerle uğraştığı hep söylenir. Belki hakikaten böylesi de vardır. Fakat bu söz ile çok defa Yargıtayın olayı öğrenmek için bir öğrenme muhakemesi yaptığı, tanık ve bilirkişi dinlediği değil, incelemenin subutla ilgili olduğu, bir diğer söyleyişle, maddî meselenin çözülmesini düzenleyen hukuk kaidelerine ve dayanılan tecrübe kaidelerine aykırılık olup olmadığının araştırıldığı kastedilir ki, bu da netice itibarile hukukî bir meseledir.

### 9. 3. Hukukî denetim ve imkân

Yargıtayın bazı hususlarda esas Mahkemenin kararı ile bağlı olması ve onu denetleyememesi bir istisnadır. Bu istisna ancak Yargıtayda olay bakımından bir öğrenme muhakemesi yapılamamasından doğan maddî imkânsızlıklarla haklı görülebilir. İmkân olan hallerde, bu kararlar da hukukî yönden denetlenebilmelidir. Bunun içindir ki, temyiz sebebi olan hukuka aykırılık «gerektiğinde dosyadaki belge delillerine de dayanılarak Yargıtayca denetlenebilmesi maddî bakımdan mümkün olan aykırılık» diye tarif edilmelidir (20).

### 9. 4. Hukukî denetimde sınır meselesi

#### 9. 4. 1. Ceza muhakemesinde sınır

Yargıtayın yaptığı hukukî denetimde en önemli mesele sınırla ilgilidir. Bir başka söyleyişle, Yargıtayın, temyiz dâvasının sınırları içinde kalıp kalmamasıdır. Bu sınırı iki şekilde çizmek akla gelebilir: 1) Hangi noktalarda aykırılık iddia edilmişse, onların incelenmesi, 2) Bu noktaların aykırılığını belirtmek üzere ileri sürülen gerekçe ile sınırlanması. Ancak yargılama makamları hiçbir zaman hukukî gerekçe ile bağlı tutulamıyacaklarından, eğer bir sınırlama olacaksa, bu ancak aykırılığı iddia edilen noktalar bakımından olabilecektir. «Temyiz sebebi» teriminin hem noktayı hem gerekçeyi ifade etmesi ve bu ikisinin farklı oluşunun gözden kaçması çok defa yanlışlıklara yol açmıştır (9. 4. 2.).

Temyiz yargılaması esas mahkeme son kararlarında hukuka

(19) KUNTER, s. 688.

(20) KUNTER, s. 691.

aykırılık iddiasile açılan kanunyolu dâvası ile ortaya çıkan uyuşmazlığı çözmek için hâkimlerin yaptığı faaliyet olduğuna göre, her kanunyolu dâvasında, hattâ her dâvada olduğu gibi, hâkimlerin iddia konusu noktaları ele almaları fakat, hukuki tavsifte serbest olmaları kaideyi teşkil ettiği halde, kanunumuz temyiz yolu muhakemesinde bu kaideden tamamen ayrılmış ve uyuşmazlık konusu olmayan noktaların da ele alınmasını istemiştir. İlk istisna re'sen temyiz hükmü ile kabul edilmiştir. İkinci istisna istek üzerine temyiz muhakemesi yapılan hallerde dahi, yargılamanın gösterilen noktalara inhisar etmemesinin kabulü ile ortaya çıkmıştır. 320. madde mehzadan farklı olarak kabul edilirken, bunu haklı göstermek için Medenî Muhakeme Hukukunda da Yargıtayın iddiayla bağlı olmadığı ileri sürülmüştür.

#### 9. 4. 2. Medenî muhakemede sınır

Komisyonun Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununu yanlış anladığı görülmektedir. Gerçekten Medenî Muhakeme Kanunumuz ileri sürülmeyen sebeplerden dolayı da bozma yetkisini Yargıtaya vermiştir (m. 439/2). Medenî Muhakemedeki bu «sebepe» nokta mânâsına olmayıp gerekçeyi ifade etmektedir. Yargıtayın ileri sürülen gerekçeden başka bir gerekçe ile aykırılığı kabul edilebileceğini yani hukuki tavsifte serbest olduğunu göstermek istemiştir. Medenî Muhakemede aykırılığı ileri sürülmeyen noktaların ele alınacağına kabulü kanunun iyi anlaşılmasından başka bir şekilde açıklanamaz.

#### 9. 4. 3. Kamu düzeni bakımından sınır istisnası

İleri sürülen noktalarla bağılılığı kabul eden memleketlerden bazılarında meselâ Fransa'da kamu düzenini ilgilendiren bir norma aykırılık var diye istisna olarak ve şahsi hak kısmı hariç olmak üzere, ileri sürülmeyen noktalarda bozma yapıldığı vardır. İtalya'da da re'sen nazara alınabilen aykırılıklar vardır. Bunların çoğu Yargıtayın islah kararı verebildiği hallerde olmak üzere kanunda yazılıdır. Bir kısmı da kanunun ayrıca ve açıkça belirttiği hallerdir. Meselâ 152. madde «fiilin suç teşkil etmediğini hangi yargılama makamı görürse görsün, re'sen nazara alabilirler» der. Bu sebeple bunu Yargıtay re'sen nazara alır. Ama kanunun göstermediklerini nazara alamaz.

Bizde de böyle bir istisna kabul edilebilir, fakat herhalde bunu

kaide haline getirip dosyanın her tarafını hata var mı diye didikleme durumu terkedilmelidir (21).

#### 9. 4. 4. Sınırlı temyiz yargılamasının gerekçeleri

Bence Yargıtayın yargılaması sınırlı olmalıdır :

a) Bir kere belirtildiği üzere, her yargılama makamının açılan dâva üzerine ve dâva ile sınırlandırılmış bir yargılama yapması Muhakeme Hukukunun esaslarındandır.

b) «Nasıl olsa Yargıtay tetkik ediyor, el değmişken başka hatalar varsa, onlar da giderilsin» denilmesi Yargıtayın işini çoğaltır ve kararlarda isabet ihtimalini azaltır. Kaldı ki, bu düşünce vârit olsa idi, temyiz dâvasının kabule şayan olup olmadığını araştırmaya da lüzum kalmazdı.

c) İstanbul Komisyonu müzakerelerinden, bu konuda halkın seviyesinin ve meselenin öneminin gözönünde tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu gerekçe bugün vârit değildir: 1) Müdafî tutma imkânı olmayan sanık adli müzaheret yolu ile müdafiden faydalanabilir, 2) Müdafî olmasa da savcı onun lehine de kanun yoluna gidebilmektedir, 3) Başsavcılık da en az, sanığın para ile tutacağı avukat kadar dosyayı incelemekte ve aykırılıkları araştırmaktadır.

ç) Yargıtayın ileri sürülmeyen noktalarla uğraşmasının faydası karar düzeltilmesi ile itirazda da kendisini gösterecektir. Zira kimse tarafından ileri sürülmemiş bir aykırılığı görmedi diye, Yargıtay kararının düzeltilmesi istenemiyecek veya bu karara itiraz olunamayacaktır. Bu da Yargıtayın işini bir hayli azaltacaktır.

d) Sınırlı yargılamanın kaide oluşu, kamu düzeni bakımından bazı istisnaların kabulüne elbet engel olmayacaktır. Bu kabul, içtihat yolu ile olmalıdır, zira nelerin kabul edilebileceğini önceden kestirmek mümkün değildir. İhtiyaç duyuldukça gerekli kararlar verilmelidir. Kamu düzenini ilgilendiren aykırılıkların pek çoğunun uzun vakit kaybına sebebiyet vermeden hemen görülebilecek aykırılıklar olacağına ve zaten bunların da pek çoğunun daha önce

(21) Medeni Muhakemeciler arasında ileri sürülmiyen sebeplerin «resen nazara alınabilir» olmasını arıyanlar vardır. Meselâ: BİLGE: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 2. bası, Ankara, 1967, s. 584.



ilgililerce ve hatta Başsavcılıkça görülüp dâva konusu yapılacakları şüphesizdir.

#### 9. 4. 5. Yargılamanın tamlığı

321. maddeye göre Yargıtay hangi noktalarda aykırılık görmüşse, o noktalarda bozacaktır. Bunun manâsı, bence, temyiz yargılamaasının tam olması yani bozulması istenilen noktaların teker teker incelenerek bozulacakların hepsinin gösterilmesidir. Yargıtayın belli bir noktadan bozmakla yetindiği diğer noktaları incelemediği vardır. Meselâ genel afla dâvanın düşmesi hallerinde bunu anlamak mümkündür. Fakat sadece madde veya yer bakımından yetki açısından bozulup diğer aykırılık iddiaları hakkında karar verilmesi ilgilileri aydınlatmamakta ve varsa, aynı hataya yetkili mahkeme de düşebilmektedir.

Bozma iptalin bir çeşididir. Yargıtayın yaptığı iptale verilen adıdır. Bozma bir muamelenin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Fakat her ortadan kaldırmaya bozma veya iptal denmez. Bozma veya iptal için, o muamelenin hukuka aykırılığının tesbit edilmesi gereklidir. Bu sebeple Yargıtayın esasa karar vereceği hallerde her zaman bozmadan sözetmek doğru değildir (10.4.2.2.).

#### 9. 4. 6. Dairelerin kuruluşu

Olagan temyiz yolunun yargılama makamı Yargıtay Dairesidir. Dairelerin kuruluşu konusunda da reformlar önerilmiştir. Bir fikre göre (22), ancak özelliği bulunan işlerde 5 kişilik kurul karar vermelidir. Buna karşılık özelliği olmayan ve % 90 ı teşkil eden işlerde 3 kişilik kurul yeterlidir. Böylece bir dairede meselâ 6 kişi varsa, iki kurul halinde çalışılıp iki kat iş görülecektir. Bir diğer fikre göre (23), iddiaların % 90 nını teşkil eden subutla ilgili olanları her dairede 3 kişilik bölümlerde incelenmelidir. Bölüm kararı subut bakımından aykırı bulursa, bozmalı, doğru bulursa, olayları belirterek 5 kişilik daireye göndermeli ve daire diğer bakımlardan hukuka aykırılıkları incelemelidir. Eğer subutla ilgili bir iddia yoksa, iş doğruca daireye gitmelidir. Bir diğer öneri de (24), dairelerin 7 ki-

(22) SEÇKİN: Yargıtay, tarihçesi, kuruluşu ve işleyişi, Ankara, 1967, s. 172.

(23) ÖKTEM, (Seçkin'den naklen: Yargıtay, s. 167).

(24) BİLGE: Yargıtay Kurullarında gelişme ve reform zorunluğu. Adalet Dergisi, 1967, s. 119.

şıye çıkarılması ve normal olarak 5 kişiyle çalışması sadece karar düzeltmelerini 7 kişi ile yapabilmesi yolundadır. Parlamentoda bulunan 1972 tarihli Yargıtay Kanunu Tasarısı 5 kişilik bugünkü sistemi muhafaza etmektedir. Ben de, dairelerin 3 kişiden kurulabilmesi fikrine katılıyorum. Fakat bu, her dairede sadece 3 kişi bulunacağı manâsına gelmeyecek ve yeteri kadar üye de bulunacaktır. Böylece bir dairenin hem karar nisabı sağlanacak, hem de birden fazla daire imiş gibi daha çok karar verebilmesi mümkün olacaktır. Ancak ısrar yetkisi kaldırılırsa, beşlik sistem değiştirilmelidir.

#### 9. 4. 7. Dairelerin çalışması

Dairelerde çalışma konusunda en önemli meselelerden biri Yargıtay hâkimlerinin dosyalar üzerinde uğraşıp vakit kaybetmelerini önlemektir. Temyiz dâvacılarının yani bozma sebebi gösterenlerin (Başsavcı dahil) hukuka aykırı olduğunu iddia ettikleri noktalarda mahkemenin kararı, iddiaların gerekçeleri, bunlara karşı ileri sürülmüş olan mütalâalar bir raporla belirtilmeli ve Yargıtay hâkimleri, dosyaya uygunluğundan asla şüphe edilmeyecek bir şekilde düzenlenecek olan bu raporlar üzerinde tartışmalıdırlar. Raportörün de mütalâası alınır, Yargıtay hâkimlerini aydınlatacak bir ışık daha tutulmuş olur. Yargıtayın hem işlerini azaltmak, hem iyi iş çıkarmasını sağlamak, hem de ilerisi için Yargıtay üyesi yetiştirmek bakımlarından bu rapor hazırlama görevi üzerinde ne kadar durulsa yeridir. Yargıtay hâkimleri dosyaların pek az kısmında raportörlük yapabilirler. Onların dışında adı ister raportör, ister üye yardımcısı olsun, başkalarından da faydalanmak şarttır. Bunların çok üstün vasıfta hâkimler arasından seçilebilmesi sağlanmalıdır.

### 10. Yargıtayın sonkararları

#### 10. 1. Sonkarar çeşitleri

Yargıtay yaptığı yargılama sonunda temyiz dâvasının esasını doğrudan doğruya çözen bir karar verir. Buna, ara kararlardan ayırmak için sonkarar denilmelidir. Sonkarar ancak üç yönde verilebilir: 1) Bozma, 2) ret, 3) ıslâh.

## 10. 2. Bozma kararı

### 10. 2. 1. Hukuka aykırılıkta bozmanın kaide oluşu

Yargıtay esas Mahkemenin sonkararında bozmayı gerektirecek hukuka aykırılık görürse, temyiz dâvasını kabul edecek ve sonkararın bozulmasına karar verecektir. Bozma Yargıtayın esas görevidir. Onun yaptığı iş bozma veya bozmamadır. Onun için Fransızlar Yargıtaya bozma mahkemesi manâsına Cour de Cassation demişlerdir.

### 10. 2. 2. Sanık aleyhine bozmanın kaide oluşu

Sanık aleyhine temyiz yoluna gidilmemişse, aleyhe bozma yapılamıyacağı görüşü (25) isabetli değildir. Bozulabilir, yeniden muhakeme yapılabilir. Fakat kanunumuza göre (m. 305), sonunda eskisinden daha fazla ceza verilemez. Aleyhe bozma mümkün olmasa idi, kanunun bu hükmüne ihtiyaç duyulmazdı. Yeni bir duruşma yapmadan karar vermek mümkünse, sonkararın ıslâh edilmesi de mümkündür. Fakat bunun için yine bozma gerekebilecektir.

### 10. 2. 3. Bozulmıyan noktaların durumu

Sonkararın bozulmamış noktalarının kesinleşmiş sayıldığı, hiç olmazsa, usulî müktesep hak teşkil ettiği görüşü oldukça yaygındır. Yargıtayın da, bu yolda kararlar verdiği vardır. Temyiz yolunda reform istiyorsak, bu görüşün, ceza muhakemesinin ve hatta muhakemenin bugünkü ihtiyaçlarına uymadığını hep kabul etmeliyiz.

Sonkarar bir noktadan da bozulsa, bütünü ile ortadan kalkar. Bu sebeple bir kişinin bir eyleminden dolayı verilen bir kararda, kısmî kesinleşme olamaz. Bunun içindir ki, esas mahkeme bozma-ya uyduktan sonra yaptığı duruşma sonunda verdiği yeni sonkararında kaide olarak serbesttir (10.3.1.).

### 10. 2. 4. Yargıtayın işini artıran bozmalar

Yargıtayımızın işleri hakikaten çoktur. Bozma konusunda bazı içtihat değişiklikleri ile dosyanın ikinci ve üçüncü gelişlerini önleyerek Yargıtayın işleri biraz azaltması mümkündür. Bir iki misâl verelim :

a) Esas Mahkeme sonkararını verdikten sonra ve temyiz yolu yargılamasından önce, kanun değişmiş ve madde itibarile yetki baş-

ka mahkemeye verilmişse, sonkarar sırf bu sebepten bozulmamalıdır (26).

b) Sorgu hâkiminin delilleri takdir yetkisi yok diye, sorsoruşturma açılmaması kararı bozulmamalıdır. Kanun aleyhte hiçbir delil yoksa sorsoruşturma açılmaz demiyor ki, sorgu hâkiminin delilleri takdir edemeyeceği söylenebilsin. Kanun aleyhte yeter delil varsa, sorsoruşturma açılır demekle, aleyhte delil olmakla beraber, yetersiz ise, ve aleyhe delil olmasına rağmen sorsoruşturma açılmamasını kabul etmiştir (27).

c) Önsoruşturmadaki aykırılıklar doğru olan sonkararın bozulmasına sebep olmamalıdır. Meselâ memurların muhakemesi kanununa giren bir işte sorgu hâkimi kararı ile veya girmeyen bir işte idare kurulunun kararı ile sorsoruşturma yapıp doğru karar verilmişse, bu karar bozulmamalıdır (28).

ç) Sulh mahkemelerinden verilen belli mahkûmiyetler temyiz edilemez iken, icrâ tetkik mercilerinin aynı nitelikteki kararları temyiz edilememelidir (29).

d) Yer itibarile yetkisizlik iddiaları ilksoruşturmada ileri sürülmemişse, sorsoruşturmada nazara alınmamalı ve bu sebeple sonkarar bozulmamalıdır (30).

e) Duruşma yapılmadan anlaşılan işlerde yüksek mahkemenin madde itibarile yetkisizlik kararı vermesini kabul için yapılan tâdildeki «duruşmada anlaşılan vasıf» tâbiri duruşma başlamadan mânâsına alınmalıdır (31).

#### 10. 2. 5. Bozmanın temyiz etmeyenlere tesiri

Bozma bahsında temyiz etmeyenlere tesir meseleleri de vardır :

a) Aynı mahkemeden aynı hükümle mahkûm edilmiş olmak şartının isabetsiz olduğu tezine (32) katılamıyorum. Aynı dâvalarda

(26) KUNTER, s. 246.

(27) KUNTER, s. 581.

(28) KUNTER, s. 597.

(29) KUNTER, s. 698.

(30) KUNTER, s. 696.

(31) KUNTER, s. 248.

(32) KANTAR: Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1957, s. 391; EREM, s. 515.

belki senelerce önce, temyiz edilmeyerek kesinleşmiş kararların sonradan otomatik olarak temyiz edilmiş gibi sayılmasını pratik bulmuyorum. Aynı mahkemede aynı hükümle mahkûm edildikleri için kabul edilen istisnanın genişletilmesini haklı gösterecek ciddi bir sebep görememekteyim. Ortada hukukî hatadan doğan adaletsizliği kaldırmak için olağanüstü temyiz yoluna gitmek mümkündür.

b) Temyiz etmeyenlere tesirin bozmaya değil, temyiz dâvasının açılmasına bağlanması tezine de (33) katılamıyorum. Bir kere birinin temyiz etmesi hepsi etmiş sayılacağı için, bu tez kabul edilirse, temyiz dâvasında istek, süre, depo parası gibi, bütün şartlar ortadan kalkacaktır. Kaldı ki, burada adaletsizlik olduğunu söylemek için de, vakit erkendir. Çünkü bozulup bozulmayacağı henüz belli değildir. Kesinleşen cezaların yerine getirilmeye başlanmasında bir haksızlık olacaksa, buna kendileri temyiz etmemekle sebep olmuşlardır. Sadece ölüm cezası bakımından bir istisna tanımak âdil olacaktır.

### 10. 3. Ret kararı

#### 10. 3. 1. Temyiz dâvasının reddi

Yargıtay esas mahkeme sonkararında hukuka aykırılık olduğu iddiasını haklı görmezse, temyiz dâvasını kaide olarak reddeder. Reddetmeyip, esasa karar vermesi yani ıslâh etmesi istisnayı teşkil eder (10.4.1.).

#### 10. 3. 2. Tasdik (onama) teriminin yersizliği

Yargıtayın temyiz dâvasını ret kararına bizde tasdik veya türkçe olarak onama denilegelmektedir. Bu yolda bir terim sadece bize mahsustur. Dünyanın hiçbir yerinde Yargıtay tasdik kararı vermez. Bizdeki tasdik tâbiri ilk muhakeme kanunlarına kadar gitmektedir. İstinafta kullanılan «confirmation» kelimesi tasdik diye tercüme edilmiş ve mehz Fransız kanunlarında olmadığı halde, bizde temyize de teşmil edilmiştir. Confirmation yerine istinafta dahi tasdik denilmesi hatalıdır. Teyid veya tekit denilebilirdi. Bugün benimseme denilebilir. Tasdik hatalıdır, çünkü Türk Huku-

kunda bu terim bir makamın aslında kuvvetsiz veya zayıf olan bir muamelesini destekleyip kuvvetli hale getirmek, ona muteberlik kazandırmak manâsına kullanılır. Tasdik bir çeşit vesayet ifade eder. Meselâ Belediyenin bazı kararları idari vesayet makamınca tasdik olunmazsa, muteber değildir. Mahkemelerin kararları ise, aslında tam bir hüküm ve kuvvet ifade eder. Devletin temel üç görevinden biri olan Yargılamanın mahiyeti de bunu gerektirir. Verildiğinde tam olan sonkararın kuvveti kanunyoluna gitmekle sarsılmış olabilir. İstinaf mahkemesi o kararı benimsemekle onun sarsılan kuvvetini iade edecektir. Yoksa, onun âmiri, vasisi sıfatile hareket edecek değildir. Diğer taraftan temyiz muhakemesinde confirmation tâbiri bile kullanılmamaktadır. Çünkü deliller ortaya konmamakta, olay bakımından bir öğrenme muhakemesi yapılmamakta, sadece hukuka aykırılık iddiası incelenmektedir. İddia vârit görülmezse, dâva esastan reddedilmelidir. Kabul bakımından retlere, kabule şayan olmama veya kabul edilmezlik kararı denilirse, esastan retlere sadece «temyiz dâvasının reddi» denilebilir ve denilmelidir.

#### 10. 4. Islâh kararı

##### 10. 4. 1. Terminoloji

Yargıtayın istisna olarak işin esasına hükmettiği de vardır. Buna Muhakeme Hukukunda «ıslah» denilir. Islâh Muhakeme Hukukunda bir başka süjenin yaptığı aykırı muamelenin kaldırılarak yerine doğrusunun yapılması demektir. Aynı şeyi aynı süje yaparsa, ona «düzeltme» (tashih) denilir. Yargıtay kararının düzeltilmesinde olduğu gibi. Bu sebeple ıslâh yerine türkçeleştirmek gayesile düzeltme denilmemelidir. Uygunu bulununcaya kadar ıslâh denilmesi doğru olur.

##### 10. 4. 2. Bozarak ıslâh

###### 10. 4. 2. 1. Bozarak ıslâh şartları

Yargıtayın sonkararı ıslâhı bazen onu bozma suretile olur. Sonkarar iddia olunduğu gibi, hukuka aykırı ise, karar bozulacaktır. Bozmadan sonra, iş tekrar esas mahkemeye gideceğine ve yeniden duruşma yapıp yeni bir karar verileceğine göre, uzayacak demektir. Eğer olay tamamen aydınlandığı için her hangi bir soruşturma gerekmiyorsa, esas mahkemenin maddî mesele bakımından her

hangi bir takdir yetkisi söz konusu değilse, Yargıtay bozduktan sonra esasa da karar verebilir. İş uzatmamak için vermelidir de. İşte islâh ancak bu iki şartla kabul edilir. Bu hallerde sonkarar önce bozulduğu için buna «bozarak islâh» denilmelidir, çünkü islâhın bozmadan yapılması da vardır (10.4.3.).

#### 10. 4. 2. 2. Bozarak islâh halleri

322. maddenin 1. fıkrası bozmadan sonra hangi hallerde Yargıtayın islâh kararı verebileceğini göstermiştir. Bu fıkra 1696 sayılı kanunla değiştirilmiş, oldukça isabetli bir hale getirilmiştir. Yeni metin hakkındaki dileklerimiz şunlardan ibarettir :

a) 1. bendin başındaki «vak'anın daha ziyade tenvirine hacet kalmaksızın» sözleri islâhın temel şartı olduğundan, maddenin baş tarafına alınmalıdır.

b) 4. bentte hükümden sonra yürürlüğe giren kanundan bahsolunmaktadır. Bu hallerde mahkemenin verdiği sonkarar hatalı değildir ki bozulabilsin. Burada söz konusu olan bozmadan islâhtır. Halbuki fıkra başında bozmadan söz edilmektedir. Bozmadan islâh ayrıca düzenlenerek karışıklığa son verilmelidir.

c) Islâh sırasında cezanın ağırlaşmasını önlemek için 326. maddenin 2. fıkrasına atıf yapılmalıdır.

ç) Sabit cezanın verilmesi halinden 1. bentte söz edilmesi doğru değildir; çünkü bu bent cezasız kalma hallerini saymaktadır. Ceza verme hali 2. bendin konusudur. İlâve burada yapılmalı idi.

d) 3. bentte «kanun yanlış tatbik edilmişse» sözünün açıklandığı görülüyor. Bu açıklama yapılagelen yorumlara uygunsu da, esas mahkemenin takdir yetkisini gerektirmeyen halleri de içine alacak şekilde genişletilmesi uygun olacaktır. Böyle içtihatlar zaten vardır (34). Bu içtihatların devamlılığı sayesinde hem muhakemeler kısılacak hem bozmadan sonra Yargıtaya tekrar gelme ihtimali kalkmış olduğundan Yargıtayın işi azalacaktır.

#### 10. 4. 3. Bozmadan islâh

Esas mahkemenin sonkararı hukuka uygun verilmişse, bozma söz konusu olmaz (9.4.5.). Buna rağmen Yargıtayın esasa karar verip, yani islâh edip işi kesip atması da «muhakemelerin teminata zarar verilmeden çabuklaştırılması» ilkesine uygun düşer. Bu hal-

(34) KUNTER, s. 713.

lerde yapılan islâh, bozmadan islâhtır (35). Islâh başka bir süjenin kararını kaldırıp yerine yenisini koymak olduğuna göre, Yargıtay önce sonkararı ortadan kaldıracak ve sonra onun yerine doğrusunu koyacaktır. Ortadan kaldırmayı ifade için bozma denilmesi hatalıdır ve bozmanın kendisi ile sonucunu karıştırmadan ileri gelmektedir.

Kanun, bozmadan islâh hallerini de 322. maddenin 1. fıkrasında diğer islâh halleri arasında saymıştır. 1696 sayılı kanunla değişik maddenin 4. bendinde sayılan haller isabetlidir. İsabetli olmayan, sadece, bunların bozmadan sonra verileceğini gösteren fıkrada yer almalarıdır. Fıkranın baş tarafında bunların sadece ortadan kaldırma sonunda verilebileceğinin gösterilmesi uygun olurdu (36).

### III) YARGITAY SONRASI BÖLÜM

#### 11. Dosyanın gönderileceği mahkeme

##### 11. 1. Bozmadan başka karar verildiğinde

Temyiz kanunyolunun Yargıtay sonrası faaliyeti Yargıtay kararına göre farklıdır. Mahkemelerin de farklı olması mümkündür. Temyiz dâvasının kabul edilmemesi, reddi, sonkararın islâhı ve dâvanın düşmesi kararlarından sonra dosya muhakkak esas mahkemeye gider. Önceki sonkararı vermiş olan bu mahkemeye yargılama olarak yapılabilecek bir şey yoktur. Bu kararlarla sonkarar kesinleşmiş, bir diğer söyleyişle yargı halini almıştır.

Dosyanın geri gönderilmesi kararında ise gerekçeye göre hareket edilecektir. Dâva geri alındığı için bu karar verilmişse yine yapacak bir şey yoktur. Diğer hallerde gerekli işlem yapılmalıdır.

##### 11. 2. Bozma kararı verildiğinde

Temyiz kanunyolunun Yargıtay sonrası faaliyeti asıl bozmadan sonra önem kazanır. Bozmadan sonra dosya, kanunumuza göre ya aynı mahkemeye yahut o mahkeme seviyesinde civar diğer bir mahkemeye yahut geniş manâsı ile yetkili mahkemeye gönderilir. Aynı mahkemeye göndermek, yersiz ısrarlara yol açacağından, is-

(35) KUNTER, s. 714.

(36) KUNTER: düşünceler, s. 42.



rar kabul edildiği sürece pek isabetli olmasa gerektir. İsrar müessesesinin kaldırılması kabul edilmeyecekse, başka mahkemeye gönderme sisteminin tercih edilmesi uygun olacaktır.

## 12. Uymama (ısrar) kararı

### 12. 1. Terminoloji

Dosya bozmadan sonra esas mahkemeye gelince, bizde mahkeme uyup uymamaya karar vermekte, yani uymayabilmektedir. Bu sebeptendir ki, ısrar da denilen bu karar uymama kararıdır ve böyle adlandırılması uygun olur. İsrar teriminin muhafazası Fransa'daki sistemle karıştırılmasına sebep olacaktır. Direnme diye türkçeleştirilmesi de uygun değildir. Fikirden çok eylemi ifade eden direnme normal olarak hukuka aykırı davranıştır. Sadece zulme karşı direnmede başka hukukî çare olmadığından, hukuk onu caiz görmektedir. Zaten bizdeki ısrar belirtildiği üzere sadece uymamayı ifade etmektedir.

### 12. 2. Uymama kararının sonucu

Mahkeme uymama kararı verince, bunun sonucu olarak eski sonkararını tekrar vermekte ve yazmaktadır. Çünkü kanun yoluna gidilmezse, kesinleşecek olan bu uymama kararıdır, daha doğrusu uymama kararı ile birlikte verilen sonkarardır.

### 12. 3. Uymama kararının temyizinde yargılama makamı

Esas mahkemesi uymama kararı verince kanunlarımıza göre iş Hukuk veya Ceza Genel Kuruluna gitmektedir. Bu Genel Kurullar Hukuk ve Cezadaki bütün dairelerden oluşmaktadır. Bu kadar kalabalık bir Kurul ise, çeşitli bakımlardan sakıncalıdır. Bir kere hâkimlerin dikkati dağılır, iyi karar veremez. Diğer taraftan Yargıtayın bütün ceza veya hukuk hâkimlerini bir uymama meselesi için meşgul etmek onların diğer işleri yapamaması sonucunu doğurur. Bu sebeple uymayı inceleyen Genel Kurulların daha az sayıda hâkimden oluşması yolunda çeşitli teklifler yapılmıştır (37).

(37) BOZER: 1951-52 açılış nutku, Adalet Dergisi, 1951, s. 1548; Yargıtay Hukuk Başkanları Kurulu: 10.1.63 (Seçkin'den nakil, s. 376); Ceza Dairesi Başkanları Kurulu: 12.1.63 (Seçkin'den naklen, s. 380); BİLGE: Adalet Dergisi, 1967, s. 108.

#### 12. 4. Genelkurulun kuruluşu

Uymama kararı kaldırılrsa da, Genel Kurula ihtiyaç duyulacağından, Genel Kurulun kuruluşunu incelemekte fayda vardır. Yukarıda sözüedilen teklifler içinde bence en uygunu Birinci Başkan, Hukuk veya Ceza Daireleri Başkanları ve Hukuk veya Ceza Dairelerinden belli bir süre ile seçilecek birer üyeden oluşmasıdır (38). 1972 tarihli Yargıtay Kanunu Tasarısı da bu sayıyı kabul etmiştir. Meselâ bugün 7 Ceza Dairesi olduğuna göre, Ceza Genel Kurulu 15 kişilik bir mahkeme olacaktır. Mazereti olanların yerine yedek üyeler katılacaktır. Meclis Adalet Komisyonu ile Bütçe ve Plân Komisyonu, dairelerin diğer üyelerinin Genel Kurulla ilgisi kopmasın, Genel Kurulun üyeleri yetiştirici görevi kaybolmasın diye diğer üyelerin de katılmasını mümkün kılan formüller kabul etmişlerdir. Bu formüller bence, Genel Kuruldaki hâkim sayısını azaltıp, geri kalanları dairelerde çalıştırmak ve böylece işlerin sürünce mede kalmasını önlemek amacına aykırıdır. Diğer üyeler Genelkurulun içtihadını öğrenebilirler. Yargıtaya kadar gelmiş hâkimlerin yetiştirilmesinden bahsedilmesini doğrusu ben yadırgamaktayım.

#### 12. 5. Uymama konusunda yabancı kanunlar

Mehazımız olan Alman Kanunu ne uymama yetkisini ne de uyduktan sonra eskisinin aynı kararı verme yetkisini esas mahkemeye tanımamıştır. Fransa ve İtalyada da uymama yetkisi yoktur. Fransada eskisinin aynı kararı aynı gerekçe ile de verme yetkisi mahkemeye tanınmıştır. Fransada dosyanın gönderildiği başka mahkeme, bozma çerçevesinde yeniden bir sonuşturma yapar ve yeni bir sonkarar verir. Bu kararda mahkeme serbesttir. Sanığın suçluluğunu serbestçe takdir eder. Suçlu bulursa fiilin hukukî tavsifini serbestçe yapar. Cezayı serbestçe tayin eder. Tabii neticede öteki mahkemenin kararını hattâ aynı gerekçelerle verebilir (39). İşte böyle bir karar verildiğinde — Fransızlar buna ısrar kararı adını vermezler — bu karar aynı sebeplerle temyiz edildiği takdirde, iş Yargıtay Genel Kuruluna gider ve Genel Kurulun hukukî meseledeki görüşü artık mahkemeyi bağlar (CPPF m. 619) (3 temmuz

(38) KUNTER, s. 112.

(39) HOUIN: Le pourvoi de la juridiction de renvoi après cassation en matière criminelle. Revue de Science criminelle et de droit comparé, 1941, s. 120.

1967 tarihli Fransız Yargıtayı Kanunu m. 15-16). Görülüyor ki, Fransa'daki ikinci mahkemenin durumu bizim eylemli uyma dediğimize benzemektedir.

## 12. 6. Uymama yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması

Uymama gerçi büsbütün faydasız değildir (40). Neticede iş Genel Kurula gittiğinden, daha çok hâkimin eseri olan bir karar verilmesi elbet iyi bir şeydir. Ancak Yargıtayın işini ağırlaştırdığı da bir gerçektir. Bu zarar faydasını kat kat aşmaktadır. Uymama kararlarının Yargıtaya gelen işlerin hukukta binde yedisini teşkil ettiği, fakat Genel Kurulu uğraştırdığından, her yıl bir dairenin bir senede çıkaracağı işin bakılamamasına sebep olduğu, uymamanın kaldırılması ile bir daire tasarruf edilebileceği, bu kadar küçük bir nisbet için, kalabalık bir kurulu yüzbin dosyanın gecikmesi bahasına meşgul etmenin sosyal adalet anlayışına aykırı olduğu belirtilmiştir (41). Ben de uymama müessesesine son verilmesine taraftarım (42). Bu kabul edilmediği takdirde uymama imkânları çok sınırlanmalıdır. Hele uymama kararlarının re'sen temyiz edilmesi teklifi (43) asla kabul edilmemelidir. Taraflar bu karara ses çıkarmamışken Genel Kurulu meşgul etmenin haklı bir sebebi yoktur.

## 13. Uymadan sonra esas mahkemenin serbestliği kaidesi

### 13. 1. Karşı görüşler

Uyma kararından sonra veya uymama meselesi kalktıktan sonra, dosya gelince esas mahkemesi bozulan ve sonunda ortadan kalkmış olan sonkarar yerine yeni bir sonkarar verecek, bunun için de bir duruşma yapacaktır.

Mahkeme bu yeni sonkararında kaide olarak serbesttir (44). Mahkemenin serbest olmadığı halleri ayrıca istisna olarak gösterdiğine göre kanunumuzun da serbestliği kaide olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır.

(40) KUNTER, s. 716; EREM, s. 520.

(41) BİLGE: Yargıtayın iş hacmini daraltma imkânları, Ad. Der. 1963, s. 902.

(42) KUNTER, s. 717.

(43) EREM, s. 520.

(44) KUNTER, s. 719; EREM, s. 522.

Bu serbestliğin her zaman ve herkes tarafından tam olarak kabul edildiği söylenemez. Bozulmayan noktaların kesinleştiği veya usulî bir müstesna hak teşkil ettiği, bozulan noktalardaki hukukî görüşe uymak gerektiği tezlerinin taraftarları halâ mevcuttur. Bu tezlerin hele maddî hakikati araştıran Ceza Muhakemesi Hukukunda savunulmasına imkân yoktur. Temyiz yolu dâvası açılmakla sonkarar kesinleşmemiştir. Bu sonkarar hangi noktadan olursa olsun yine bütünü ile bozulmuştur. Artık yargının otoritesinden sözedilememelidir. Kaldı ki, karar bir bütündür ve kolay kolay bölünemez. Netekim Fransız Kanunu sonkararın bir kısmının bozulmasını kabul etmesine rağmen, ayırmanın mümkün olması aranmakta ve çok defa «bölünmezlik» gerekçesiyle tamamının bozulduğu sonucuna varılmakta, sadece bölünebilen kısımlarda meselâ şahsî haktaki bozma dolayısıyla kısmî bozmadan sözedilmektedir (45). Bence burada hakikî bozma dahi yoktur, çünkü ortada biri cezaya diğeri şahsî hakka taallük eden iki karar vardır. Biri tamamı ile bozulmuştur; diğeri tamamiyle kesinleşmiştir. İtalya'da da «esasta bağlılık» formülü ile aynı sonuca varılmaktadır (CPPI 545).

### 13. 2. Kaidenin gerekliliği

Esas mahkemenin uymadan sonraki serbestliği, şu sonuçları doğurması için de gereklidir (46). Kanun aksini kabul etmiş olsaydı dahi, bu sonuçları elde etmek ihtiyacı onun değiştirilmesini gerektirirdi.

#### 13. 2. 1. Hukukî durumdaki değişikliğe uydurma imkânı

Serbestlik hukukî durumdaki değişikliğe uygun karar verilmesini mümkün kılar. Mahkeme meselâ zamanaşımı ile dâvayı düşürebilir veya çıkan lehte olan yeni kanunu uygulayabilir.

#### 13. 2. 2. Hatanın düzeltilmesi imkânı

Serbestlik hataların düzeltilmesine imkân verir. Hata bozulan noktalarda olabileceği gibi, bozulmayan noktalarda da olabilir. Bozulmayan noktadaki hatasını öğrenen mahkemenin elini kolunu «bu kısım kesinleşti» diye bağlamak abes olur ve Ceza Muhakeme-

(45) BOUZAT: *Traité de Droit pénal et de Criminologie*, Paris, 1970, c. II, s. 1149.

(46) KUNTER, s. 719.

si Hukukunun esaslarına ters düşerdi. Meselâ sadece tahrikin ağırlığı konusundan bozmadan sonra yapılan muhakemede sanığın suçsuzluğu sabit olsa, yine tahrikle mi uğraşacağız? «Biz cezayı verelim, kesinleşsin, ondan sonra muhakemenin iadesini düşünüyoruz» mü, diyeceğiz? Yahut teklif edildiği üzere (47), daha tahrik meselesi hallolmadan, ortada kesin hüküm varmış gibi, hemen muhakemenin iadesi yoluna mı gideceğiz?

Hatanın hukuki olması da mümkündür. Hatayı yapmış olanın esas mahkeme olması da imkânsız değildir. Netekim Yargıtay da bozmadan sonraki yargılamasında eski görüşü ile bağlı değildir (48).

### 13. 3. Serbestlik kaidesinin istisnaları

Bozmadan sonraki serbestlik kaidesi mutlak olmayıp istisnaları vardır.

#### 13. 3. 1. Eksiklik nedeni ile bozmalar

Mahkeme belli bir eksiklik nedeni ile yapılan bozmaya uyunca, bozma dairesinde harekete ve eksikleri tamamlamaya mecburdur. Yoksa uymanın manâsı kalmaz.

(47) ÖZGEN: *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*, Ankara, 1968, s. 45.

(48) «Temyizen üstünde inceleme yapılan bir dosyada aynı hâdisede evvelce aksine verilmiş bir karar mevcut olduğu görülse bile, hususi daireyi evvelki kararı ile mukayyet kılacak bir muhkem kaziye mevcut olmadıkça, hükme esas olan maddî hâdiseler ve vakıaların kavranış ve takdirinde ve kanun hükümlerinin vakıalara tatbikinde zühule düşüldüğü görülmesi halinde eski karardan dönülerek, son hükmün yine kanunî sebepleri gösterilmek suretiyle bozulabileceği bedihidir ve bu yolda muamele Temyiz Teşkilâtı kuruluş gayesine uygun bulunmaktadır» (Ceza Genelkurulu: 29.12.58 (ÇAĞLAYAN, III, 97). Keza Ceza Genelkurulu: 23.1.61 (ALICANOĞLU: *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, 1971, s. 598). «Yargıtay dairelerinin de Ceza Genelkurulunun daha önceki Genelkurul veya özel daire kararları ile kayıtlı olmaksızın incelemelerinin her safhasında hüküm ve kararların kanuna ve usule uygun bulunup bulunmadığını gözönünde tutmak suretiyle salim bir sonuca varmak ile ödevli ve yetkili oldukları, bir süre önceki kararda yanılma olduğunu gördükleri safhada doğru ve kanuna uygun bir şekilde karar verebilecekleri, bu yüzden kararlar arasında meydana gelebilecek birbirini tutmazlıkların yine kanun yolları ile halledilmesinin ve varsa içtihat ayrılığının giderilmesinin mümkün bulunduğu...» (Ceza Genelkurulu, Alicanoğlu, s. 597).

## 13. 3. 2. Sanık lehine bozmadan sonra neticenin ağırlaştırılmaması

Sanık lehine bozmadan sonra sonuç ceza ağırlatılmamalıdır. Bozulma dolayısıyla yargı otoritesi sözkonusu değilse de, temyiz dâvası sanık aleyhinde de olsa, bozma sanık lehine olduğundan, buna uyulunca, evvelce yapılan hataların farkına varılması sebebiyle de olsa, sonuç bakımından aleyhte bir durum yaratılmamalıdır. Çünkü bozulan sonkararın sonucu bakımından sanık lehine bir tavan, aşılması gereken bir had meydana gelmiş kabul olunmalıdır. Bu yargılaşmanın kısmılığı ile karıştırmamalıdır. Burada yargılaşmanın nisbılığı sözkonusudur. Bu lehe bozma olmasa idi, sonkarar bizdeki hatalı tâbirle tasdik edilecek ve mutlak manâda bir yargı yani kesin hüküm bahis konusu olacaktı. Kanunumuzda nisbî yargılaşma konusunda açık bir hüküm yoktur. Fakat bozmanın mahiyetine göre böyle bir istisnayı içtihat ile de kabul etmek mümkündür (49).

## 13. 3. 3. Sadece sanık lehine temyiz dâvası açılmasından sonra neticenin sanık aleyhine ağırlaştırılmaması

Kanunumuz sadece sanık lehine temyiz dâvası açılmasından sonra, yeniden verilecek sonkararda sonuç cezanın ağırlaştırılmamasını kabul etmiştir. Kanun evvelki verilen hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamayacağını söylemekle neticede verilen cezaya bakılacağını, hangisi lehte ise, onun verileceğini belirtmektedir. Bunun aksinin kabul edildiği, neticeye vardırıan çeşitli mekanizmaların herbirinin ayrı ayrı lehte oluşunun arandığı vardır. Bu uygulama ikinci kararın bazı kısımlarının lehte diye hukuka aykırı olması sonucunu doğurmaktadır. Halbuki ikinci karar her bakımdan hukuka uygun olmalı, fark sadece müeyyidede kendisini göstermeli ve bu farklılık da eskisinden ağır olamamakla izah olunmalıdır. Kanunun bu hükmü bence isabetsizdir ve kaldırılmalıdır (50). Bu hükmü haklı göstermek üzere üzerinde en çok durulan gerekçe, sanığın temyiz etmekten korkacağıdır. Bu hüküm sanığın temyiz etmesinin sonucu olsa idi, bu gerekçe doğru olurdu. Fakat bu hüküm savcının veya müdahilin aleyhte temyiz etmemesinin sonucudur, yani tesadüfe dayanmaktadır. Gerekçe olarak ileri sürülen bir nokta da, sanığın temyiz etmedeki gayesinin kararı lehine değiştirmek olduğu ve aleyhe değiştirmenin adalet esaslarına aykırı düşeceğidir. Bu yolda bir aleyhe değiştirmeme yasağı, eskiden

(49) KUNTER, s. 723.

(50) KUNTER, s. 671.

Ceza Muhakemesinin gayesinin sanığı korumak olduğu devirlerin kalıntısıdır ve bugünün Ceza Muhakemesi Hukukuna ters düşmektedir. Artık kanunun hakiki mânâsının ne olması gerektiğini araştırıyoruz. O mânâ sanığın aleyhine de olsa uyguluyoruz. Onun gibi bir karar ya hukuka aykırıdır, ya değildir. Aykırı ise bozulup yeniden karar verilecekse, hukuka uygun olarak ne verilmek gerekirse o verilmelidir.

Bu sebeplerledir ki bu müessese Muhakeme Hukukunda gittikçe gözden düşmektedir. Almanya 1935 de kaldırmıştır. Haydi bunu nazi rejiminin antidemokratikliğine bağlıyalım. İngilterede 1907 de kaldırılmasına ne diyeceğiz? İtalya da temyiz yolu bakımından 1930 da kaldırmıştı. Cumhuriyetten sonra antidemokratik hükümler ayıklandığında geri getirilmemiştir.

#### 14. Bozmaya uymadan sonraki sonkarar

##### 14. 1. Temyiz imkânı

Bozmaya uymadan sonra yapılan sonsoruşturma sonunda verilen sonkarar, yeni bir sonkarardır. Bu itibarla temyiz olunabilirliği ilk defa verilen sonkararlar gibi tayin olunur.

##### 14. 2. Bozmaya uygun sonkararın temyiz edilebilirliği meselesi

Bozmaya tamamen uygun olarak verilen sonkararların yeniden temyiz edilememesi teklifi (51), bozmadan sonra sadece bozma çerçevesinde muhakeme yapılacağı yolundaki eski sisteme uygundur. Bozmadan sonra serbestlik kaidesine taraftar olanların bu teklifi uygun bulmalarına imkân yoktur. Kaldı ki, mahkemenin bozmaya tamamen uyup uymadığını tayin de bir meseledir. Uymuş gözükür de uymamış olabilir. Bunu da ancak Yargıtay kontrol edebilecektir.

(51) EREM, s. 518.