

YAZILI EMİR YOLU SANIK-HÜKÜMLÜ ALEYHİNE İŞLER Mİ, KAZANILMIŞ HAK NEDİR?

Av. M. İhsan DARENDE

GİRİŞ

Yargıtay kararlarında, infaza ilişkin kararların kazanılmış hak oluşturmayacağı ve bu sebeple, bunlara ilişkin olarak kanun yararına bozma (yazılı emir) yoluna gidildiğinde, hükümlü aleyhine sonuç doğuracak şekilde karar verilebileceği kabul edilmektedir. Bu kararların hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu kanısındayım:

“KANUN YARARINA BOZMA” YOLUNUN AMACI:

Bilindiği gibi, “kanun yararına bozma”, yargılama hukukunun tüm alanlarında uygulanmakta olan, olağanüstü kanun yollarından birisidir. Gerek ceza yargılaması, gerek idari yargılama, gerekse medeni yargılama hukukunda, yüksek mahkeme incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlar hakkında, “kanun yararına bozma” yolu açık tutulmuştur. Bu yol, modern yargılama hukukunun temel ilkelerine de uygundur.

Kanun yararına bozma yolunun amacı, hukukta ve uygulamada birliği; kanunun, her yerde aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır¹. Çünkü tüm hukuk devletlerinde, hukuk birliğini sağlayacak makamlar, yüksek mahkemelerdir. Yüksek mahkemeler, sadece yerel mahkemelerin kararlarını denetlemez, aynı zamanda, uygulama ve içtihat birliğini sağlamakla görevlidir².

Kanun yararına bozmanın amacı, içtihat birliğini sağlama olduğu için, bu yolun uygulanmasıyla verilen kararlar, kural olarak, hükmün hukuki sonuçlarını kaldırmaz, başka deyişle taraflar, kanun yararına bozma kararından yararlanmaz³. İşte bu sebeple kanun yararına bozma, olağanüstü bir kanun yoludur: Yerel mahkeme kararları, bazen temyiz yolu kapalı olduğu, bazen de taraflar bu yola gitmediği için, yüksek mahkeme incelemesinden geçmeksizin kesinleşir. Karar kesinleştikten sonra, kesin hükmün sonuçlarının korunması zorunludur. Aksi takdirde, bireylerin, mahkeme kararlarına saygı göstermesi beklenemez; hukuksal düzen ve dirliğin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, karar kesinleştikten sonra başvuru bu yolun sonucunda verilen bozma kararı, tarafları etkilemez. Bu, sadece, mahkemelerin benzer konularda kanunu nasıl uygulayacaklarını göstermek amacıyla ihdas edilmiş olağanüstü bir kanun yoludur. Böyle olduğu, yani sadece içtihat birliğini sağlama amacına yöneldiği için, ismi “kanun yararına bozma” olarak belirlenmiştir. İsim de göstermektedir ki, bu yolda verilen kararlar, tarafları etkilemez; sadece kanunun uygulanmasında birliği sağlar ve bunun için kanun yararınadır. Kısaca, kesin hükmün sonuçlarını ve bundan doğan hakları korumak, kesinleşmiş yargıya güveni muhafaza etmek amacıyla, kanun yararına bozma, taraflar üzerinde sonuç doğurmaz.

KANUN YARARINA BOZMA KARARI, SANIK YARARINA İSE UYGULANIR:

Kanun yararına bozma kararının, tarafları etkileme gücünün bulunmamasına ilişkin temel kuralın tek istisnası, ceza yargılama hukukunda düzenlenmiştir: Bozma kararı,

sanık yararına ise uygulanabilecektir⁴. Bunun sebebi açıktır: Sanık, üzerinde kamu gücü uygulanma ihtimali olan bireydir. Kamu gücünün birey üzerinde haksız olarak kullanılması halinde ortaya çıkacak zarar, kesin hükmün ortadan kalkmasının doğuracağı zarara göre çok daha fazladır. Çünkü bireyler, birlikte oluşturdukları kuralların, herkese eşit ve adil şekilde tatbik edildiğine, bilhassa kamu gücünün, hiç kimse üzerinde haksız ve keyfi şekilde uygulanmadığına inandıkları takdirde, kurallara gönüllü olarak uyarlar. Aksi takdirde ve bilhassa, kamu gücünün haksız kullanılması halinde, hukuka duyulan güven ve kurallara uygun davranma alışkanlığı ortadan kalkacak, toplumsal barış, sadece zora dayalı olarak tesis edilebilecektir. Bu ise sürekli olarak kuralları dolanmak isteyen bireylerin ortaya çıkmasına yol açacaktır. O halde, kamu gücünün haksız uygulanmasının doğuracağı güvensizlik, kesin hükmün ortadan kalkmasının doğuracağı güvensizliğe oranla çok daha fazladır.

Üstelik kesin hükmün hukuksal sonuçlarının korunmasının sebeplerinden birisi de, bu hükümden, taraflar yararına haklar doğmuş olmasıdır. Bu hakların ortadan kaldırılması, tarafların ve herkesin hukuka duyduğu güvenin de ortadan kalkması anlamını taşımaktadır. Oysa ceza davasında, bireyin karşısında yer alan süje, kamu, yani devlettir. Hukuk, insanların, birlikte yaşayabilmek için, birlikte koydukları kurallardan müteşekkildir. Devlet ise birlikte yaşamak isteyen insanların, bu yaşamı düzenlemek amacıyla oluşturdukları örgüttür. Örgütlenmenin ve birlikte yaşam için kural koymanın amacı, bireyin refah seviyesini yükseltmek, tabiata karşı bağımlılığını azaltmaktır. Bu sebeple, birey aleyhine, devlet yararına kazanılmış hak doğması mümkün değildir. Böyle olunca, ceza hükmünün kanun yararına bozulması halinde, kesin hükmün taraflar yararına doğurduğu hakkın korunmasından da söz edilemeyecektir. Bu hususta, uygulamada çokça karşılaşılan bir yanılsamanın üzerinde bir kez daha durmak faydalı olacaktır. Bu yanılsama, ceza davasında asıl tarafların, sanık ile müştekiden ibaret olduğu şeklindedir. Bu meselenin ayrıca incelenmesi zorunludur:

DEVLETLE BİREY ARASINDAKİ CEZA İLİŞKİSİ:

Suç işlenmesinden sonra, devletle, yani kamu ile birey arasında bir ceza ilişkisi doğar. Bu ilişki sebebiyle fail, işlediği suçun cezasına uğramak yükümüne tâbi ve kanunda belirlenenin dışında ya da daha ağır müeyyideye çarptırılmama hususunda bir sübjektif hakka sahip olur⁵. Geniş anlamda ceza ilişkisinin iki aşaması mevcuttur: Birinci aşaması, ceza yargılaması ile başlayan usul ilişkisi, ikinci aşaması ise kesinleşmiş ceza yargısından sonra başlayan infaz ilişkisidir. Ceza ilişkisinin her safhasında, suç işleyen bireyle karşı karşıya olan taraf, devlettir, kamudur. Usul ilişkisinin iddia tarafı da devlettir, infaz ilişkisinin güç uygulayan tarafı da. Bunun karşısında ise suç işleyen ya da işlediği iddia olunan birey yer alır. Bunun dışındaki süjeler, ceza davası açısından ikincil durumdadır. Suçtan dar anlamda zarar gören şahıslar, yani mağdur, müşteki, katılan ya da suçtan doğan zararı ödemekle yükümlü olanlar, yani mâlen mes'ul, usul ilişkisinin aslî tarafı konumunda değildir. Çünkü işlenen suç, ortak aklın birlikte yaşam için koyduğu kuralları ihlal etmiş, kamu barışı bozulmuş, birlikte yaşama ve tabiatı yenme imkanı zedelenmiştir. Bu sebeple ceza ilişkisinin gerçek tarafı, kamudur.

İşte ceza ilişkisi içerisinde, kamu ile karşı karşıya gelen, üzerinde kamu gücü uygulanma ihtimali taşıyan ya da bizzat uygulanan birey, bu sınırsız güce karşı korunmak zorundadır. Hukuk devleti, ceza ilişkisi içinde fonksiyonunu ifa ederken, karşısındaki bireyin sübjektif haklarını da, sonuna kadar koruyan devlettir. Çünkü hukuk kuralları, devleti bireyden koruma ihtiyacından değil, tüm bireylerin en yüksek refah seviyesinde yaşamak, azami özgürlüğü elde etmek için birlikte yaşama zaruretinden doğmuştur. Yani hukukun amacı, birlikte yaşayıp, birlikte üreterek, fikir ve iş paylaşımıyla tabiatı yenebilen insanın, bu

birlikteliğinin esasını belirlemektir. Asıl amaç, bireysel özgürlükleri genişletmek, refah seviyesini yükseltmek olunca, en temel hak ve özgürlüklerin şekle feda edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple her hukuk devleti, sanık ve hükümlüye tanıdığı subjektif hakları açıkça düzenlemek ve buna, başta kamu gücü olmak üzere, tüm bireylerin riayet etmesini güvence altına almakla yükümlüdür.

O halde, “kesin hükmün etkilerini koruma” amacı ile “sanık ve hükümlü haklarını güvence altına alma” amacı arasında çatışma çıktığında, üstünlük tanınması gereken amaç, sanık-hükümlü hakkını güvence altına almaya yönelik olmalıdır. Bunun için, kanun yararına bozma yolunda verilen kararın tarafları etkileyebileceği tek durum, sanık yararına olmasıdır. Bu sebeple, 1412 sayılı CMUK’un 343. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Hâkim tarafından ve mahkemelerden verilen ve Temyiz Mahkemesince tetkik edilmeksizin kat’ileşen karar ve hükümlerde kanuna muhalefet edildiğini haber alırsa adliye Vekili, o karar veya hükmün bozulması için Temyiz Mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Baş müddeiumumiliğine yazılı emir verebilir. Bu emirde bozulmayı müstelzim kanunî sebepler gösterilir./ Cumhuriyet Baş müddeiumumisi tebliğnamesine yalnız bu sebepleri yazar ve dosyayı Temyiz Mahkemesine verir./ Temyiz Mahkemesi dermeyan olunan sebepleri varid görürse karar ve hükmü bozar./ Mahkemelerden davanın esasına da şamil olarak verilen hükümlerin bu suretle bozulması alâkadar kimseler aleyhine tesir etmez./ Bozulma, bu kimselerin lehine ise aşağıda yazıldığı gibi muamele olunur:/ 1 - Varid görülen bozma sebepleri mahkûm olan kimsenin cezasının tamamen kaldırılmasını müstelzim ise, Temyiz Mahkemesi evvelce hükmolunan cezanın çektirilmesini kararında ayrıca yazar./ 2 - Varid görülen bozma sebepleri mahkûm olan kimsenin cezasının tamamen kaldırılmasını müstelzim olmayıp da hafif bir cezanın tatbikini mucib ise, Temyiz Mahkemesi tatbiki iktiza eden cezanın neden ibaret olduğunu da kararında gösterir./ (Değişik son fıkra: 3206 - 21.05.1985) Eğer bozma davanın esasını halletmeyen mahkeme kararları hakkında ise, yeniden yapılacak inceleme ve araştırma neticesine göre gereken karar verilir”.

5271 sayılı CMK’nın 309. maddesindeki düzenleme de paraleldir:

“(1) Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir./ (2) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtayın ilgili ceza dairesine verir./ (3) Yargıtayın ceza dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar./ (4) Bozma nedenleri:/ a) 223 üncü maddede tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkeme, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir./ b) Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümlerle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz./ c) Davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez./ d) Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder./ (5) Bu madde uyarınca verilen bozma kararına karşı direnilemez”.

Görüldüğü gibi, her iki hüküm de, esaslı çözen kararlar hakkındaki kanun yararına bozma kararının, sadece sanık yararına olması halinde uygulanabileceğini kabul etmiştir. Buna karşın, yerleşmiş Yargıtay kararlarında⁶, infaz yargılamasında verilen kararların işin esasını çözemediği kabul edilerek, bu kararlarla ilgili kanun yararına bozma kararlarının, sanık-hükümlü aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanabileceği açıklanmaktadır. Ağca davasında da, aynı gerekçeyle, hükümlü aleyhinde uygulama yapılmıştır. Bu kararların bazısında, Yargıtay incelemesinden geçmeyen kararın, itiraz makamının, itiraz üzerine verdiği karar olduğu kabul edilmekte ve bu sebeple esasa ilişkin karar olmadığı belirtilmektedir. İtiraz yoluna gidilmemiş bazı kararlarda ise doğrudan infaza ilişkin olarak verilen karar kanun yararına bozulmakla birlikte, hükümlü aleyhine uygulanmaktadır. Hangi doğrultuda olursa olsun, bu uygulama doğru mudur? Bu meselenin çözümü için, önce, temyiz yasa yolunda incelenebilecek hususlar ve bilhassa, kanun yararına bozma yolunda değerlendirilebilecek meseleler çözüme kavuşturulmalıdır:

CEZA YARGILAMASINDA ÇÖZÜMLENEN MESELELER:

Bilindiği gibi, bir ceza davasında, kural olarak üç ayrı mesele çözüme bağlanır: Bunların birincisi maddi mesele⁷, yani sübut meselesi; ikincisi hukuki mesele⁸ yani tavsif-niteleme, üçüncüsü ise hukuki meselenin bir bölümü sayılabilecek olan yaptırım meselesi⁹ yani cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesidir.

Maddi mesele, sanığa isnat edilen eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olan meseledir. Yargılanacak uyuşmazlık, iddianamede sınırları bildirilen eylemdir; hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir (CMK 225). Yargılamada çözülecek ilk mesele, iddianamede gösterilen bu maddi olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkindir. Bu meselenin çözümünde yargıç, tüm delilleri toplar, tarafların delillerle ilgili mütalaalarını da dinler ve toplanmış delilleri, kanuni ve fiili karinelere, tecrübe ve mantık kurallarına göre değerlendirerek, yargılanan olgunun gerçekleştiği hususunda tam bir kanaat, yani % 100 kanı sahibi olup olmadığını göre karar verir. Görüldüğü gibi bu mesele, tamamen iddia edilen maddi olgunun tespiti ile ilgili olup, hukuk normları ile olgunun karşılaştırılması, bu meselenin dışındadır.

Deliller, tamamen maddi meselenin çözümüne ilişkin araçtır. Çünkü bu araçlar, bazen doğrudan, bazen dolaylı olarak, olayı temsil eder. Örneğin görgüye dayalı tanık beyanı, olayı doğrudan temsil eder. Bu delil, olayın nasıl gerçekleştiğini hâkime doğrudan anlatan bir araçtır. Bunu gibi, olay anını görüntüleyen kamera kayıtları da olayı doğrudan temsil eder. Oysa olay yerinde bulunan iz ve belirtiler, olayı dolaylı olarak temsil eder; çünkü bunlarda, yargılanan olaydan daha geniş bir temsil durumu söz konusudur; hâkim, öncelikle bu delillerin, olaya ilişkin olup olmadığını belirlemek durumundadır. Bir olayı doğrudan temsil eden kamera kaydı gibi belge delili bulmak, çok kere mümkün değildir. Bu sebeple doğrudan temsil değeri bulunan tanık beyanı gibi deliller, maddi mesele açısından en değerli araçlardır. Çünkü davaların neredeyse tamamına yakın bir bölümünde, maddi mesele, bu delillere, yani beyan deliline dayalı olarak çözüme kavuşturulmaktadır.

Beyan delilinin sağlamlığı, büyük ölçüde, bu delille yüz yüze gelen yargılama makamları tarafından tespit edilebilir. Bilhassa delilin tek başına sağlamlığı ve güvenilirliği değerlendirilirken, bu delilin kaynağı ile yani örneğin tanıkla, yüz yüze gelmek şarttır. Çünkü beyanda bulunan delil kaynağının hâl ve hareketleri, davranışları, mimikleri, kendine güveni, bazen, bu beyanın güvenilirliğini anlayabilmenin tek yoludur. Özellikle, bu beyanı karşılaştırabilecek iz ve belirtiler yoksa, samimiyet değerlendirmesi, sadece mimik ve

davranışlara göre yapılacaktır. Bu sebeple yargıcın, iddia ve savunma makamlarının, beyan delili elde edilirken, delil kaynağı ile yüz yüze gelmesi şarttır. “Yüzyüzelik” ve “müştereklik” ilkeleri bu açıdan birbirini tamamlayan ve vazgeçilmez prensiplerdir. Gerçekten de, beyanda bulunanın samimiyetinin anlaşılabilmesi için, tüm makamların, karşılıklı olarak soracakları sorular çok yararlıdır. Ayrıntılarla ilgili sorular, yalan beyanın ortaya çıkartılabilmesi; yalanının ortaya çıkacağından endişelenen delil kaynağının, heyecana kapılıp mutad dışı davranışlarda bulunması için vazgeçilemez yöntemlerdir. Yeni CMK’nın, CMUK’ta takdire bağlı olan çapraz sorgu müessesesini, (istek halinde) zorunlu hale getirmesi (CMK 201) bu anlamda çok yararlı olmuştur. İşte müştereklik prensibi de özellikle bu tür yararlar için öngörülmüştür.

Hâkim, delilleri değerlendirirken, varsa kanuni karinelere, yoksa fiili karinelere, o da yoksa tecrübe ve mantık kurallarından yararlanır. Örneğin sanığın kanunda sayılan yakınlarının onun yararına yalan söyleme ihtimali bulunması, bunların tanıklıktan çekinme hakkının (CMK 45) ve gerekirse yeminsiz dinlenme imkanının -tanık açısından hakkının (CMK 51)- temelini teşkil etmekte olup, bu delilin güvenilirliğinin zayıflığı hususunda bir kanuni karine mevcuttur. Katılanın yakınları hususunda kanuni karine yoksa da, bunlar açısından da fiili karine dikkate alınarak, beyanların güvenilirliği tereddütle karşılanabilir. Keza, beyanda bulunanın hâl ve hareketlerinin değerlendirilmesi ise tecrübe ve mantık kuralları ile karşılaştırma suretiyle gerçekleşmektedir. Örneğin tanığın heyecanının, yargıç önüne çıkmaktan mı, yoksa yalan beyanda bulunmaktan mı kaynaklandığı, tecrübe ve mantık kuralları ile çözülebilecek bir husustur. Diyelim ki, olayı anlatırken rahat gözüken bir tanığın, ayrıntılarla ilgili sorular sorulduğunda heyecanlanması, kekelemesi, kızarması, tecrübe ve mantık kurallarına göre, beyanın güvenilir olmadığını ortaya koymaktadır. Karineler ile tecrübe ve mantık kuralları, sadece bir delilin tek başına sağlamlığı değerlendirilirken değil, diğer delillerle karşılaştırma yapılırken de kullanılan, hukuki değerlendirme araçlarıdır. Örneğin bir kamera kaydı ile tanık beyanı çelişmekteyse, görüntünün montaj suretiyle elde edilmediği anlaşıldığında, tanık beyanının güvenilir olmadığı, tecrübe kuralıyla sabittir. Karine ve tecrübe kuralları, aynı zamanda, olayın bilinen parçalarından, bilinmeyen bölümlerinin çıkartılması için de kullanılabilir araçlardır¹⁰.

Hâkim, toplanan delilleri, taraf mütalaalarıyla zenginleştirilmiş tecrübe ve mantık kuralları ışığında değerlendirerek, iddia edilen olgunun gerçekleştiği hususunda % 100 kaniya ulaşabilmiş ise maddi mesele olumlu olarak çözülmüş demektir. Keza toplanan deliller, eylemin gerçekleşmediğini ya da böyle bir eylem mevcut olsa dahi, bunu sanığın işlemediğini ortaya koymuş ise maddi mesele yine çözüme kavuşmuştur. Ancak sanığın eylemi işlediği hususunda % 100 kaniya ulaşamamışsa, sadece % 1 oranında bir şüphe bile kalmış olsa, hâkim, olayı sabit sayamayacaktır¹¹. Çünkü kamu gücü, suçluluğu kesin olarak anlaşılmanış bireyler üzerinde uygulanırsa, toplumda hukuka karşı güvensizlik doğacaktır. Bu durumda da maddi mesele, olumsuz anlamda çözüme kavuşturulmuş demektir. Buna “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi denmektedir.

Görüldüğü üzere, maddi meselenin çözümünde delillerle yüz yüze gelmek şarttır. Ancak delille yüz yüze gelen hâkim, sağlamlık konusunda doğru değerlendirmeler yapabilmektedir. İşte bu sebeple, öğrenme muhakemesi yapılamayan; hukuki derece olan temyiz yasa yolunda, maddi mesele hususundaki inceleme, sadece karinelerle, tecrübe ve mantık kurallarının doğru seçilip seçilmediğinin değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Çünkü bu kurallar, geniş anlamda hukuk normu içinde yer alır. Bir de, beyan delili dışındaki delillerin sağlamlığını değerlendirmede, yüksek mahkeme hâkiminin, yerel mahkeme hâkimine oranla yetersiz olduğunu kabule yönelik hiç bir mantıksal kural

olmadığından, bu delillerle ilgili denetlemenin de temyiz yasa yolunda yapılabilmesi gerekir¹². İstinabe suretiyle alınmış beyanlar, hükmü veren yargıç açısından da, artık belge delili mahiyeti taşıdığından, bunların da, temyiz yasa yolunda değerlendirilmesi mümkündür¹³.

Yukarıda açıklandığı gibi, temyiz, bir hukuki derece kanun yoludur. Hukuki derece kanun yolunda, öğrenme muhakemesi yapılmaz, yani delil toplanmaz, bu sebeple bu kanun yolunda, dosyanın mevcut durumuna göre karar verilir. Böyle olduğu için de, kural olarak sadece hukuki mesele denetlenir. Maddi mesele, ancak, doğru karine ve tecrübe kurallarının seçilip seçilmediği yönünden, keza delillerin hukuka uygun olarak toplanıp toplanmadığı noktasından, yani sadece hukuka aykırılık açısından kontrole tabi tutulabilir. Buna “gerekçe kontrolü” dendiği de vardır¹⁴. Yeni CMK bu durumu daha net bir şekilde hüküm altına aldığı gibi, maddi meselenin tüm yönleriyle denetlenememesinden kaynaklanan sakıncayı, bir asıl derece kanun yolu olan istinafi düzenlemekle (CMK madde 272 ilâ 285) gidermiştir. Bundan böyle, istinaf kanun yoluna başvurulduğunda, gerekirse duruşma açılacak, istinaf mahkemesi (bölge adliye mahkemesi) delillerle yüz yüze gelecek, yani yeniden delil toplayacak; öğrenme muhakemesi yapacak ve böylece maddi mesele, her yönüyle kontrole tabi tutulacaktır.

Hukuksal mesele ise maddi meselenin çözümüyle sabit sayılan olgunun, hukuk normu ile karşılaştırılmasıdır. Bilindiği gibi, ceza normlarının iki yönü mevcuttur: Birincisi, normun kural koyan bölümü, ikincisi ise yaptırım belirleyen bölümüdür. Dar anlamda hukuki mesele, normun kural kısmı ile olayı karşılaştırmak suretiyle çözüme kavuşur. Yaptırım meselesi ise normun yaptırım kısmı ile olayın karşılaştırılmasıyla çözümlenir.

Hukuksal mesele içinde üç önerme mevcuttur: Küçük önerme; olay, büyük önerme; hukuk normu ve sonuç ise hukuki değer hükmüdür¹⁵. Sabit sayılan eylemin, ne şekilde niteleneceği, hukuka aykırı olup olmadığı gibi hususlar, hukuki meselenin çözümüne bağlıdır.

Yaptırım meselesinde ise ceza sorumluluğu çözüme bağlanır. Sabit sayılan ve hukuken nitelenmesi yapılan eylem karşısında, faille nasıl bir yaptırım uygulanacağı bu meselenin çözümüyle ortaya çıkacaktır. Sabit ceza sistemi, modern hukukta terk edilmiş, bunun yerine, cezanın bireyselleştirilmesi esas benimsenmiştir. Bu sistemde ceza, failin kişiliğine, eylemin özelliğine, zararın ağırlığına vs. dayanılarak ferdileştirilmektedir. Bazı ülkelerde, mahkemece maddi ve hukuki meseleler çözümlendikten sonra, yaptırımın belirlenmesi için ayrı bir inceleme yapılmakta, failin kişiliği ve uygulanması gereken yaptırım bu ayrı inceleme ile belirlenmektedir. Bazı ülkelerde ve bilhassa Anglosakson hukukunda ise maddi ve hukuki meseleyi jüri çözüme bağlarken, yaptırımı yargıç belirlemektedir. Gerek 765, gerekse 5237 sayılı TCK’da yaptırımı belirleme görevi, kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye verilmiştir. Mahkeme, bir yandan maddi ve hukuki meseleleri çözüme bağlarken, bir yandan da, sanığın kişilik özelliklerini araştırarak, tespit ettiği verilere göre de, kanunun tayin ettiği alt ve üst sınırlar arasında kalan temel cezayı belirleyecektir (bu incelemenin konusu olmadığı için, 5237 sayılı TCK’nın, cezanın belirlenmesine ilişkin 61. maddesinde, 765 sayılı TCK’nın 29. maddesine 3679 SY ile eklenen son fıkraya göre geri adım atılarak, “failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu”nun, cezanın belirlenmesine esas kriterler arasında sayılmadığını eklemek ve eleştirmekle yetinelim). Bu suretle belirlenen cezanın sonradan değiştirilmesi kural olarak mümkün değildir. Bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur; sonradan çıkan kanunla suçun ortadan kaldırılması ya da cezanın indirilmesi (TCK 7), genel ve özel af (TCK 65), ertelenen cezanın sonradan vaki olmamış sayılması (TCK 51/son), akıl hastalarına

özgü güvenlik tedbirlerinin değiştirilebilmesi ya da ortadan kaldırılabilmesi (TCK 57), şartlı tahliye (CGİK 107) bunlardan birkaçıdır. Bu istisnaların dışında, hükümlerle belirlenen cezanın sonradan yeniden ele alınarak değiştirilmesi, bizde kabul edilmemiştir.

HUKUKSAL DERECE KANUN YOLU: TEMYİZ

Yukarıda açıklandığı üzere, hukuksal derece kanun yolunda, yani temyiz yolunda, kural olarak sadece hukuksal mesele ve yaptırım meselesi kontrolden geçirilir; maddi mesele, sadece gerekçe denetimine tabidir. Karar kesinleştiğinde ise her üç mesele yönünden de, yani hem maddi, hem hukuki mesele ve hem de yaptırım yönünden, kesin hükmün tüm sonuçları meydana gelir. İlk derece mahkemesinin esas çözen kararları, her üç meseleyi de çözüme bağlayan kararlardır. Bir başka deyişle, yaptırımın belirlenmesi de esasa ilişkin çözüm içinde yer almaktadır. Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere, hukukumuzda, yaptırımın sonradan yapılacak araştırmalara göre belirlenmesi veya değiştirilmesi ilkesi -kural olarak- kabul edilmemiştir.

Kanun yararına bozma yasa yolunun, olağanüstü niteliği ve amacı yukarıda açıklanmıştı. Bu yasa yolunda inceleme yapacak makam da temyiz mahkemesi, yani Yargıtaydır. Bir başka deyişle; hukuksal derece mahkemesidir. Dolayısıyla bu olağanüstü yolda, maddi meselenin denetlenme imkanı mevcut değildir. Çünkü, bu yolun amacı, uygulamada birliği, içtihat birliğini sağlamaktır. Yargıtay, CMUK yürürlükteyken verdiği birçok kararda, temyiz yasa yolunda, maddi meseleyi de incelemiş ve delilleri değerlendirerek, yerel mahkeme kararlarını maddi mesele açısından bozmuştur. Bu yoldaki kararlar doktrinde eleştirilmiş, muhalefet şerhlerinde de, bilimsel açıklamalar yapılmıştır. Bu yoldaki kararlar, büyük ölçüde, CMUK'ta istinaf yasa yolunun düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktaydı. Yüksek Mahkeme, maddi meselenin çözümünü denetleyecek asıl derece kanun yolu ve mahkemesi bulunmadığından, kendisini, bu yönden de inceleme yapmak zorunda hissediyordu. CMK istinaf yolunu düzenlediğinden, bu tür uygulamaların sonunun geleceğini umuyoruz. Ancak CMUK yürürlükteyken dahi, kanun yararına bozma yolunda, maddi mesele incelenmiyordu¹⁶. O halde, kanun yararına bozma yolunda incelenebilecek iki mesele mevcuttur: Hukuksal mesele ve yaptırım meselesi.

Yaptırım meselesi, asıl hükmün esasa ilişkin bölümlerinden birisidir. Dolayısıyla, kanun yararına bozma yolunda yapılan incelemede, temyiz edilmeksizin kesinleşmiş bir hükümdeki ceza miktarının eksik olduğu tespit edilse dahi, hükümlünün cezasının artırılması ve böylece infaz edilmesi mümkün değildir (CMK 309/4-b). Bu hususta tereddüt yoktur. Tereddüt, sonradan çıkan kanunun cezayı azaltması, kısmi af kanunu çıkması vs. gibi sebeplerle, cezanın yeniden tayini gereken durumlarda, bu meseleyi çözen kararların temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmesi halinde, kanun yararına bozma yolunda aleyhe uygulama yapıp yapılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Yargıtayımız, infaz yargılaması içinde verilen kararlar arasında ayırım yapmadan, bunların esas çözümlen kararlar olmadığı gerekçesiyle, aleyhe uygulama imkanını kabul etmektedir. Üstelik yerleşmiş uygulamada, infaza ilişkin hususlarda sanık-hükümlü yararına kazanılmış hak oluşmayacağı kabul edilmektedir¹⁷. Gerçi Yargıtay, 1412 sayılı CMUK'un yürürlüğü sırasında verdiği kararlarda, lehe kanun değişikliği halinde yapılacak yargılamada duruşma açılması gerektiğini ve doğal olarak bu durumda verilen kararın temyize tabi olduğunu kabul etmiştir¹⁸. Ancak 5275 sayılı CGİK bu imkanı tamamen ortadan kaldırmıştır. Çünkü, CGİK'in 98/1. maddesi uyarınca: "Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi

veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir". CGİK'in 101. maddesi uyarınca ise: "(1) Cezanın infazı sırasında, 98 ilâ 100 üncü maddeler gereğince mahkemeden alınması gereken kararlar duruşma yapılmaksızın verilir. Karar verilmeden önce Cumhuriyet savcısı ve hükümlünün görüşlerini yazılı olarak bildirmeleri istenebilir./ (2) 99 uncu madde gereğince cezaların toplanması gerektiğinde, bu hususta hüküm vermek yetkisi, en fazla cezaya hükmetmiş bulunan mahkemeye, bu durumda birden çok mahkeme yetkili ise son hükmü vermiş olan mahkemeye; hükümlerden biri doğrudan doğruya bölge adliye mahkemesi tarafından verilmiş ise, bölge adliye mahkemesine, Yargıtay tarafından verilmiş ise Yargıtaya aittir./ (3) Bölge adliye mahkemesi veya Yargıtaydan başka mahkemeler tarafından verilmiş olan bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir".

İNFAZ YARGILAMALARI:

Görüldüğü gibi Yargıtay, CMUK ve 647 SY yürürlükteyken verdiği kararlarda, mahkumiyet kararında değişiklik muhakemesinin, infaz yargılamasının bir çeşidi olmadığını, bu sebeple duruşma yapılarak inceleme gerektiğini ve kanun yolunun da -o zaman geçerli olan- acele itiraz değil, temyiz olduğunu belirtmekteydi. Oysa doktrinde kabul edildiğine göre, değiştirme yargılaması da infaz yargılamasının bir çeşididir¹⁹: İnfazın ertelenmesi yargılamaları (CGİK 98/2), mahkumiyet hükmünün açıklanması yargılaması (CGİK 98/1-ilk cümle), cezaların -şartlı tahliye uygulaması için- toplanması yargılaması (CGİK 99), şartlı salıvermeye ilişkin yargılama (CGİK 107), mahsup yargılaması (CGİK 100) da, infaz yargılamasının başka örnekleridir. Bu yargılama çeşitlerinden, bilhassa "değişiklik yargılaması"nda, hukuksal mesele yeniden çözüme bağlanmaktadır. Burada, sonradan çıkan kanunun, kesinleşen hükümde sabit sayılan olaya uygulanması söz konusudur. Dolayısıyla, burada yapılan, tam anlamıyla hukuksal nitelemedir. Üstelik yeni nitelemeye göre, yaptırım da yeniden belirlenecektir. Sadece yaptırım değişikliğini gerektiren -kısmi af vs gibi- mevzuat tadillerinde de durum aynıdır; çünkü yaptırımı değiştiren mevzuatın, mevcut olaya ve nitelemeye uygulanması gerekmektedir. Yani değişiklik yargılamasında çözülen sorun, tam anlamıyla, hukuksal derece incelemesine tabi olan hukuksal sorun ve yaptırım sorunudur. İşte bu sebeple Yargıtay, bu husustaki kararların duruşmada incelenmesi gerektiğini ve temyiz yasa yoluna tabi olduğunu kabul ediyordu. Çünkü CMUK'da ya da 647 SY'de, bilhassa lehe kanun değişikliği halinde yapılacak yargılamayı açıkça düzenleyen bir hüküm mevcut değildi. CMUK'un 402. maddesi şu şekildeydi: "Bir mahkûmiyet hükmünün tefsirinde veya tâyin olunan cezanın hesabında tereddüt edilir yahut cezanın kısmen veya tamamen infazı lâzım gelmeyeceği iddia olunursa bu bapta mahkemeden bir karar istenir". Yargıtay, bu hükümdeki, "cezanın kısmen veya tamamen infazı lazım gelmeyeceği" ibaresini, lehe kanun değişikliğini kapsayacak şekilde yorumlamıyordu. Çünkü, CMUK'un 405. maddesi uyarınca, tüm infaz yargılamaları, duruşmasız yapılmakta ve "acele itiraz" yasa yoluna tabi tutulmaktaydı.

Oysa CGİK, yukarıda açıkça belirtildiği üzere, değişiklik yargılamalarını da açıkça infaz yargılaması içinde düzenlemiştir. Bu yargılama duruşma açılmaksızın yapılmakta ve itiraz yasa yoluna bağlanmaktadır. Bu düzenleme eleştirilebilir. Çünkü, hukuksal mesele de, yaptırım meselesi de, hükmün esasına ilişkindir ve gerek lehe kanun sebebiyle yeniden niteleme yapılması, gerekse yeni yaptırımın belirlenmesi, açık bir şekilde, esasa ilişkin hususlardır. Üstelik gerek hukuksal meselenin, gerekse yaptırım meselesinin denetimi, ilke olarak, hukuksal derece yasa yoluna tâbi tutulmuştur. Dolayısıyla, değişiklik yargılamasında, hukuksal mesele ve yaptırım meselesi yeniden ele alınıp, yeniden karar verildiği halde, bu kararı, temyiz incelemesinin dışında tutmak hatalı bir düzenleme olmuştur. Çünkü Yargıtayın inceleme yetkisine sahip olduğu meseleler, zaten sadece bu meselelerdir. İlk hükmün esas itibarıyla Yargıtay incelemesine tabi tutulan hukuksal meselesi ve yaptırım meselesi, yeniden

ele alındığı ve bu meselenin çözümünde değişiklik yapıldığı halde, görevi sadece bu meseleleri kontrol etmek olan Yargıtay yolunu kapalı tutmak anlaşılabilir gibi değildir.

Ancak kanunu eleştirmek başka bir şeydir, uygulamak başka. Şu anda yürürlükte olan kanuna göre, değişiklik yargılaması, itiraz yasa yoluna bağlanmıştır. Doğru ya da yanlış, karar, bu yasa yolundan geçtikten sonra kesinleşmektedir. Yargıtay incelemesinden geçmediği için, bu kararlara karşı, kanun yararına bozma yoluna gidilebileceği tabiidir. Ancak, sadece kanunun uygulamasında birliği sağlama amacıyla ihdas edilmiş bu yolda verilen kararın, sanığın-hükümlünün aleyhine uygulanması mümkün değildir. Hele bu sonucun sağlanması için, kararın esasa ilgili olmadığını kabul etmek, hukuku zorlamaktan başka anlam taşımamaktadır. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, hukuksal mesele de, yaptırım meselesi de, hükmün esasına ilişkindir. Düşünelim ki, sabit sayılan eylem için faile, 3 yıl hapis cezası verilmiştir. Hüküm kesinleşmiştir. Sonra çıkan kanun, diyelim ki, etkin pişmanlık sebebiyle, cezadan 2/3 indirim yapmıştır. İnfaz yargılamasında, etkin pişmanlık olgusu sabit sayılarak, bu oranda indirim yapılmıştır. Kanun yararına bozmada, belirtilen olgunun, etkin pişmanlık olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu olayda, sırf, isimlendirme “infaz yargılaması” diyerek, verilen karar esasa ilişkin değil demek mümkün müdür? Eğer böyleyse, ne sebeple, CMUK zamanında, “değişiklik muhakemesi” duruşmalı yaptırılıyor ve temyiz yoluna tabi olduğu kabul ediliyordu? Kısmi af durumunda da sorun aynıdır: Bu kez de yaptırım meselesi çözüme kavuşturulacak, yani hükmün esasa ilişkin kısımlarından birisi, sonradan çıkan kanuna göre değiştirilecektir. Sorunu çözmek için, itiraz üzerine verilen kararın kanun yararına bozulması yeterli midir? Kanımca, Yargıtay incelemesinden geçmeden kesinleşen, infaz yargılamasını yapıp, hükmü değiştiren mahkemenin kararıdır. Bu karar, hükmü değiştirmektedir ve esasa ilişkindir. Eğer, bu kararı değil de, buna itiraz sonucunda verilen kararı kanun yararına bozmakla sorun çözülecekse, çözüm yerine yeni bir sorun üretilmiş, kanun açıkça çiğnenmiş olacaktır. Çünkü, itiraz üzerine verilen kararın esasa ilişkin olmadığı kabul edilerek, ilk hükmü değiştiren hükmün, dolaylı olarak bozulması ve hükümlü aleyhine uygulanması sağlanmış olacaktır.

Oysa, yukarıda açıklandığı gibi, ceza ilişkisinin asıl tarafı devlettir. Bu, usul ilişkisinde de, infaz ilişkisinde de böyledir. Devlet, kendi koyduğu kurallarla ve kendi organlarının uygulamalarıyla belli hukuksal durumlar yarattığı ve bunları kesinleştirdiği zaman, bundan doğan hakları sonuna kadar korumak zorundadır. Tabii ki eğer hukuk devletiyse böyle bir yükümlülüğü vardır. Çünkü (sosyal) hukuk devleti, tüm yurttaşlarının âzami özgürlüğünü, âzami refahını sağlamaya çalışır. Tüm yurttaşların ortak aklını yansıtarak koyduğu kuralların, kazanılmış hakları muhafaza etmekle uygulanabileceğini bilir. Devlet, kendi koyduğu kurallarla ortaya çıkan prosedürden geçerek kesinleşen hukuksal durumları korumadığı takdirde, bireylerin, hukuka duyduğu güvenin ortadan kalkacağını bilir. Bu, kargaşa demektir; kaos demektir. Herhangi bir yurttaşın, devletin gösterdiği prosedüre uyarak elde ettiği bir hakkın, şu veya bu sebeple korunmamış olması, tüm yurttaşlar açısından kaygı ve endişe verici bir gelişmedir. İşte bu sebeple kesin hüküm ve onunla oluşan haklar, sonuna kadar korunmak zorundadır.

İnfaz ilişkisinde de, taraf devlet olduğundan, bu ilişki içinde birey yararına doğan hakları da korumakla mükelleftir. Acaba infaz ilişkisinde kazanılmış hak doğar mı? Yargıtayımız, bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Gerçekten de, infazın, suç işleyen bireyi yeniden topluma kazandırma amacı dikkate alındığında, bu süreç içinde doğan bir haktan bahsedilemeyeceği düşünülebilir. Eğer tek amaç rehabilitasyon olsaydı, hükümlünün dahi, bu süreci en iyi şekilde geçirmekte yararı olduğu düşünülebilir ve böylece, süreç içindeki değişikliklerin, hükümlü de dâhil, tüm toplumun yararına olduğu kabul edilebilirdi.

Ama infaz hukukun mevcut aşamadaki tek amacı rehabilitasyon değildir. CGİK'in 3. maddesi uyarınca; "...amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır". Bu amaç dikkate alındığında, hükümlüye, kamu adına ve kamunun yararı için birçok mükellefiyet yüklendiği izahıtan varestedir. Örneğin genel önleme amacı, sırf, başkalarının da suç işlemesini engellemek için, hükümlünün özgürlüğünün kısıtlanmasını gerektirmektedir. Yani genel önleme, hükümlünün aleyhine, toplum yararına düşünülmüş bir amaçtır. Keza toplumu suça karşı koruma amacı da, hükümlünün üzerinden topluma koruma sağlamaya yöneliktir. Yani devlet, birlikte yaşamı kolaylaştırmak için, salt toplum yararına ve hükümlü aleyhine mükellefiyetler koymuştur. Her mükellefiyetin yansıması, hak olarak ortaya çıkacaktır. Çünkü hak, insanların birlikte yaşayarak, refah seviyelerini arttırmak için katlandıkları yükümlülüklerin karşılığıdır. Her insan, tek başına da yaşamını sürdürebilir. Ancak o zaman, insan olma özelliği kalmayacaktır. Evrensel gelişme yasalarını kavrayıp, tabiatı dönüştürebilmesi için, diğer insanlarla, fikir ve emek birliği yapması gerekmektedir. Birlikte yaşama ve bunun gerektirdiği yükümlülükler katlanmasının sebebi, daha özgür, daha müreffeh, daha huzurlu yaşama ihtiyacıdır. O halde, her yükümlülük, bir hakka karşılık gelir.

Denebilir ki, hükümlü, hukuk kurallarına uymamakla, bir hak karşılığı olmaksızın mükellefiyet altına alınmayı hak etmiştir. Ancak bu anlayış, eski dönemlerden kalmaz; cezanın kefaretle amacıyla verildiği dönemlerin kalıntısıdır. Modern devlet, suç işleyen bireyi, buna sevk eden bütün sebepleri araştıran ve infaz ilişkisinde, öncelikle bunları gidermeye yönelen devlettir. Örnek verelim: Ortak akıl, gelecek nesilleri yetiştirme görevini ailelere vermiştir. İlk eğitim ailede başlamaktadır; çocuklar belli bir yaşa gelinceye kadar da ailede devam etmektedir. Doğal olarak eğitimin bu ilk aşaması, herhangi bir standardizasyona sahip değildir. Her aile kendi imkanları ölçüsünde, çocuklarına bakmakta ve eğitmektedir. Karakterin temel öğelerinin oluştuğu yaşlara kadar, bu, her ailede farklı standartlara bağlı olarak yürütülen eğitim devam etmektedir. Öğrenim yaşı geldikten sonra, belli bir standardizasyon başlamaktadır. Çünkü öğrenimle birlikte, standart bir eğitim programı da uygulanmaktadır. Ancak burada dahi, tam bir standardizasyon sağlandığını kabul etmek mümkün değildir. Üstelik birçok çocuk, ebeveyninin duyarsızlığı ya da imkansızlığından, bazen ana-babası olmadığından, standart bir eğitime hiç tabi tutulmaksızın hayatın kucağına atılmaktadır. Bunların bir kısmı, çok küçük yaşta, çok ağır koşullarda iş hayatına itilmektedir. Daha şanssız bir kısmı ise kendisine bakacak bir sıcak yuva bulamadan, sokaklara terk edilmektedir. Bu çocukların, topluma ve insanlara kin duyarak yetişmeleri doğal değil midir? Tinerci diye itelenenlerin birçoğu, yaşamını sürdürebilmek için, çocuk yaşta hırsızlık yapmak zorunda kalmış değil midir? Toplum bunlara hangi imkanı sunmuş, hangi eğitimi vermiştir ki, şimdi koyduğu kurallara uymasını beklemektedir? Ve bu koşullarda suç işlemiş bir birey, sadece kendisini topluma kazandırmak için değil, aynı zamanda diğer insanlara ibret olsun diye özgürlüğünden yoksun bırakılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, bazı ülkelerde, maddi ve hukuksal meselenin çözümü ile yaptırım meselesinin çözümü birbirinden ayrılmış, eylem belirlenip nitelendirildikten sonra, yaptırımın belirlenmesi için yeni bir inceleme süreci ihdas edilmiştir. Bu aşamada, suç işlediği tespit edilen bireyin şahsiyeti incelenmekte, suça iten sebep ve saikler, sosyal durumu, eğitim seviyesi, psikolojik özellikleri araştırılmakta ve yaptırım, bu ayrıntılı incelemenin sonucunda belirlenmektedir. Bu ikinci aşamayı yürüten de yargıçtır. Bu yöntemde, cezanın ferdileştirmesinden beklenen yarar âzami seviyeye çıkmaktadır. Kanımca bununla da yetinmemek ve bu ikinci safhadaki incelemede elde edilen verilere dayalı olarak,

infaz rejiminin çok daha esnek tarzda düzenlenmesi imkanı tanınmalıdır. Örneğin, ciddi bir eğitim noksanlığının tespiti halinde, infazın önemli bir bölümünün, cezaevinde değil, belli eğitim kurumlarında gerçekleştirmek kaydıyla, eksik eğitimin tamamlanmasına ayrılması gerekmektedir. Psikolojik defektlerin tespiti halinde, sadece akıl hastalığında değil, infazın bir bölümü, bu hataların giderilmesi ve tedavisi için uygulanacak terapilere ayrılmalıdır. Genetik sebeplerle suç işlendiğinin tespiti halinde, bununla ilgili tedavi tedbirleri de infazın bir aşaması olarak düzenlenmelidir. Ekonomik imkansızlıklar sebebiyle suç işlemiş olanlara, bunu telafi edecek iş ve beceri temini yoluna gidilmelidir. Yani şimdi, sadece kısa süreli cezalar yerine uygulanması öngörülen tedbirlerin bir kısmı, her türlü ceza için, infazın bölünmez bir parçası olarak düzenlenmelidir.

İnfaz süreci, sadece, suç işleyeni yeniden topluma kazandırmak amacıyla düzenlenmiş olsa, yani, hem kendisine hem de başkalarına ders olması için acı çektirme, yoksun bırakma amacı gütmese idi, doğaldır ki, bu süreçte kazanılmış haklardan bahsetmeye imkan olmazdı. Ama şu anki gelişmişlik seviyesinde infaz, aynı zamanda acı çektirmeye, yoksun bırakmaya yöneliktir. Böyle olunca da, kural ve koşullarının, önceden belirlenmesi zorunludur. Çünkü ancak önceden belirlenen statülerin varlığı halinde tüm bireyler, suç işleyen belli sürelerle acı çekmesinde yarar olduğunu düşüneceklerdir. Eğer statüler ve süreler önceden belirlenmiş değilse, her birey, süresi belirsiz, statüsü belirsiz bir durumda acı çekmeyle, yoksunluklarla karşılaşabileceği endişesine kapılacaktır. Bu ise adalet ve hukuka güven duygularını ciddi şekilde incitecektir. Keyfiliğe yol açan hukuksal uygulamalar, hukuka duyulan güvenin ortadan kalkmasıyla sonuçlanır. Hele keyfilik, kanunun kendisinden kaynaklanıyorsa, bu sonuç kaçınılmazdır. Bu sebeple, acı çektirme, yoksun bırakma amacı güden bir sürecin, tüm koşullarının ve süresinin önceden belirlenmesi zorunludur.

O halde modern devlet, infazdan, yoksun bırakma suretiyle yarar bekliyorsa, bu yararı sağlayabilmek için, statüleri, bunların uygulanmasına ilişkin prosedürleri ve süreleri önceden belirlemek zorundadır. Suç işleyen birey için, yoksun bırakılma, acı çekme yükümlülüğüne uymak bir görevse, devlet için de, bu süreci önceden belirlediği prosedürlere uyarak başlatmak ve yine önceden belirlediği statülere ve sürelerle uygun olarak düzenlemek bir görevdir. Devlet için görev olan, birey için haktır. Dolayısıyla, devlet, infaz aşamasında da, kendi koyduğu prosedürle kesinleştirdiği statüler ve sürelerle uymakla mükelleftir. Bu mükellefiyetin hükümlü için anlamı, haktır. Devlet, kendi koyduğu prosedürle, yine kendi organları vasıtasıyla kesin olarak belirlediği bir infaz süresine ya da bir infaz statüsüne bağlı kalmak zorundadır. Bu prosedürle belirlenen süreler ve statüler, bireyin yoksunluklarının azalmasını gerektirdiği takdirde, birey için kazanılmış haktır. Devletin bu hakkı çiğnemesi, yok sayması mümkün değildir. O halde, şartlı tahliye kararı kesinleştiğinde, bu, hükümlü için kazanılmış hak doğurur. Çünkü karar, devletin belirlediği yöntemle, devletin yetkili kıldığı organ tarafından verilmiş, yine devletin belirlediği kontrol mekanizmasından da geçmiştir. Devlet, ya bu denetimi, yüksek mahkemenin görevine bağlamalıdır ve bu suretle yüksek mahkeme incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara engel olmalıdır. Ya da öngördüğü denetim mekanizması sonucunda kesinleşen süreler ve statülere saygı göstermelidir.

Özetlersek, kanun yararına bozma yoluyla verilen kararların, sanık-hükümlü aleyhine uygulanması mümkün değildir. Bilhassa değişiklik yargılamasında, denetlenen hükmün, asıl hükmü değiştirdiği, yani, esasa ilişkin olduğu da kuşkusuzdur. Şartlı tahliye kararları ise çoğu kez, asıl hükmü değiştiren yargılama ile birlikte verildiğinden, kanun yararına bozma yolunda, bunların hükümlü aleyhine uygulanacak şekilde bozulması hukuka aykırıdır. İnfaz ilişkisi içerisinde, hükümlünün yoksunluk sürelerini azaltan kararların kazanılmış hak doğuracağı şüphesizdir. Bu bağlamda ele alacak olursak, yerel mahkemenin

mahsup kararı, kanaatimce de hukuka uygun olmamakla birlikte (yabancı ülkedeki yoksunluğun mahsubunun, sadece, yabancı ülkede yoksun kalınan sürenin, yine yabancı ülkeden verilen cezadan fazla olması halinde ve TCK'nın 63. maddesi uyarınca mümkün olduğu düşüncesindeyim), bozmanın, hükümlü aleyhinde sonuç doğurmaması, kazanılmış hakkı zedelememesi gerektiği kanısındayım.

¹ Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Baskı, Cilt: 4, Sayfa: 3451

² Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Baskı, Cilt: 1, Sayfa: 50

³ Prof. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Baskı, Cilt: 4, Sayfa: 3453

⁴ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

1055

⁵ Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: 3, Sayfa:

237

⁶ CGK'nın 23.09.2003 t. ve 10-160/216 sayılı kararından: "Yazılı emir", Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşen kararların, Yargıtayca denetlenmesini sağlayan olağanüstü bir yasa yoludur. Bu olağanüstü yola başvurulması sonucunda dosyayı inceleyen Yargıtay Özel Dairesi, yasaya aykırılık durumunu saptaması halinde hükmü bozmakla birlikte, CYUY. nın 343. maddesi uyarınca, bozma nedenleri cezanın tamamen kaldırılmasını gerektiriyorsa, cezanın kaldırılmasına; bozma nedenleri daha hafif bir ceza verilmesini gerektiriyorsa bu cezanın ne olduğuna da karar verecektir./ Yazılı emirle bozma kararının davanın esasına ilişkin kararlara ilişkin olması halinde kural olarak yargılamanın tekrarlanması olanaksızdır. Ancak, CYUY. nın 343. maddesinin son fıkrasında bozma kararının, davanın esasını halletmeyen bir mahkeme kararı ile ilgili olması halinde yargılamanın tekrarlanacağı hükmüne bağlanarak bu hal ayırık tutulmuştur./ Somut olayda infaza ilişkin olarak verilen ve yasaya aykırı olan bu kararın, yazılı emir yoluyla yapılan incelemede bozulmasına, davanın esasını çözümlleyen bir karar olmadığı da nazara alınarak CYUY. nın 343/son maddesi uyarınca gerekli kararın Yerel Mahkemece verilmesi için dosyanın mahalline gönderilmesi gerekmektedir..."

⁷ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

261

⁸ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

261-262

⁹ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

265

¹⁰ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

560

¹¹ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

549

¹² Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

966

¹³ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

966

¹⁴ CGK'nın 06.06.1994 tarih 1-146/171 sayılı kararında yer alan, Sami Selçuk muhalefet şerhinden: "Yargıtay yargıcı, hükmün yargıcı olarak, esas mahkemesini sabit kabul ettiği olayları, eylemleri ve olguları iki yolla denetleyecektir. Birincisi; olayları/eylemleri/olguları sabittir/değildir biçiminde vicdani kanı yargısını oluşturmak için yapılan duruşmanın yargılama yasalarına uygunluğunu ele alacaktır. Yargılama kusurlu (vitium in procedendo) ise, bu nedenle karar bozulup esas mahkemesine yeniden yargılama, duruşma yapması için gönderilecektir. Yargılama kusursuz ise, Yargıtay, esas mahkemesi hükmünün yalnızca gerekçesini inceleyecektir. Zira bir İtalyan Yargıtay kararında belirtildiği gibi, gerekçe, her olay ve hukuk sorununu tek tek çözmesi gereken, mantıki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıdır (20.12.1989). İşte Yargıtay; olaylara, kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uygun olup olmadıklarını, salt gerekçe denetimi yaparak ele alacak, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin sağlamak görevini bu yolla yerine getirecektir..."

¹⁵ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa:

495

¹⁶ CGK'nın 12.06.1989 tarih ve 1-169/231 sayılı kararından; "olayla ilgili tüm kanıtların toplanıp değerlendirilmesi yapıldıktan sonra verilen ve Yargıtay'ca incelenmeksizin kesinleşen beraat hükmüne ilişkin olarak, kanıtların değerlendirilmesi ve üstün tutulmasında yanılığa düşüldüğü ileri sürülerek yazılı emirle bozma yoluna başvurulamaz".

-
- ¹⁷ CGK'nın 23.09.2003 t. ve 10-160/216 sayılı kararından; "Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş uygulamalarında, hükümlerde yer alan infaza yönelik uygulamalar ya da infaz aşamasında bu konuda verilen kararlar, kazanılmış hak ilkesinin dışında tutulmuştur..."
- ¹⁸ CGK'nın 30.03.2004 t. ve 1-46/78 sayılı kararından; "Hükümlü hakkındaki hücrede tecrit edilme süresi, cezalarının türlerine göre mahkemenin takdirine bağlı değişimler gösterebileceğinden incelemenin mahkemece duruşma açılarak yapılması gerekmekte olup, bu hususa yönelen bozma bakımından Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının görüşleri örtüşmektedir..." Yargıtay 1 CD'nin 30.01.2004 t. ve 03-3091/175 sayılı kararından; "Lehteki 4771 sayılı Yasanın uygulamasıyla idamdan dönüştürülecek cezaların iki müebbet ağır hapis olması, birinin esas alınıp diğerinin TCY nin 70. maddesinde hücre hapsine çevrilmesi zorunluluğunun bulunması, hücre hapsinin ise süre itibarıyla takdire bağlı değişimler gösterebilmesi karşısında, süreklilik kazanan içtihatlar uyarınca; incelemenin duruşma açılmak suretiyle yapılıp yeni hükmün 'temyiz yasa yolu' açık olmak üzere verilmesi..."
- ¹⁹ Prof. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı, Sayfa: 911