

CEZA YARGILAMASINDA KATILANIN TEMYİZ DURUŞMASINDA YERALMAMASI

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ*

A. Giriş

Bir suçun mağduru yargılama sırasında ceza mahkemesinde katılan sıfatını almak suretiyle duruşmalara katılıp hakkını arayabildiği halde, aynı davanın Yargıtay'daki duruşmalarına katılamamaktadır. Oysa, Anayasa, hakların korunması ile ilgili hükümlere yer verirken, 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*hak arama özgürlüğü*" başlığı altında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" demektedir. Anayasa'nın bu düzenlemesi savunma ve hak arama bakımından bir ayırım getirmemektedir. Yargılamanın aşamaları bakımından da bir farklılık yaratmamaktadır.

Diğer yandan Anayasa'nın "*temel hak ve özgürlüklerin korunması*" başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrasında, "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*"; ikinci fıkrasında ise, "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" düzenlemesi yer almaktadır.¹

Anayasa'nın 154. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, "*Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciiine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercidir.*" Anayasa'nın bu düzenlemesi de sanık-mağdur ayırımı yapmaksızın yargı yolunu tanımaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın bu maddesi yasama organının getireceği yasal düzenlemeyle Yargıtay'daki temyiz incelemesinin duruşmalı yapı-

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası 4709 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle eklenmiştir.

lıp yapılmayacağı konusunda açık bir düzenleme öngörmemekle beraber, Yargıtay'daki temyiz incelemesinin duruşmalı yapılmasına engel de teşkil etmemektedir.

Yargıtay'da temyiz incelemesinin kimi koşullara bağlı olarak duruşmalı yapılması doğaldır. Ancak, bu duruşmaların tarafların eşit şekilde yararlanabilmelerini sağlayacak biçimde olması gerekir. Yani yasama organı duruşmalı temyiz incelemesini kabul etmese, bu husus Anayasaya aykırılık oluşturmayacaktır. Fakat bir davanın taraflarından birine bu olağanın tanınıp, diğerine tanınmaması hem eşitlik, hem hukuk devleti, hem de silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın Yargıtay'ı, adliye mahkemelerince verilen ve yasanın başka bir adli yargı organına bırakmadığı "*karar ve hükümlerin son inceleme merci*" olarak öngörmesi ve bu denetimin nasıl olacağı hususuna açıklık getirmemesi nedeniyle bugün Yargıtay, hem hukuki hem de maddi yönden denetim yapabilmektedir. Kuşkusuz maddi denetimin yapıldığı bir sistemde incelemenin duruşmalı yapılması gerektiği savunulabilir. Ancak sistemimizde temyiz duruşmasında delil araştırılmasına gidilemeyip, delil sunulabilmesine olanak tanınmakta olduğundan, delil araştırmasını gerektiren hallerde ilk derece mahkemesinin kararı bozulup, delilleri toplama yetkisi yine ilk derece mahkemesine bırakılmaktadır. Çünkü temyiz yasa yolu, esas mahkemeleri tarafından verilen kararların, çok önemli hukuki hataları olmadıkça, esas olay bakımından yapılan tespitlerine dokunmadan, sadece hukuki incelemesi yapılabilen bir yasa yoludur. Yargıtay'daki duruşmalı inceleme sırasında sanığın bulunmayabilmesi ve kendisini bir müdafii ile temsil ettirebilmesi; sanığın duruşmaya katılması halinde ise, temyiz incelemesi sırasında raportör üyenin açıklamasından sonra Cumhuriyet Savcısı'na, sanık ve müdafiiine ve son olarak yine sanığa söz verilmesi, (mad. 319) Yargıtay'ın esas olayla temasa geçmesinin mümkün olmadığını gösterir.²

Bu çalışma, Ceza Yargılama Yasa'nın kimi koşulların varlığı halinde sadece sanık tarafı için Yargıtay'da duruşmalı incelemeye izin vermesi nedeniyle ele alınmıştır.

B. Yargıtay'da Duruşmalı İnceleme

Yargılama görevi bakımından, istenilen sonucun elde edilebilmesi için duruşmalı inceleme yapılmasının yararı açıktır. Zira esas yargılama

² Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruluğu İlkesi)*, Yetkin Yay., Ankara 2001, s. 189.

mahkemesindeki taraflar, hukuki sorun hakkındaki görüşlerini daha iyi anlatabileceklerinden, temyiz yargıçları konu hakkında daha iyi bilgilere sahip olurlar. Duruşma sayesinde, temyiz isteklerinin iyi incelenmediği yolundaki kuşkuvarın giderilmesi imkanı verilmesi bakımından, taraflar için güvence olduğu kadar, yargıya güvenin daha da artacağını kabul etmek gerekir.³ Ceza yargılama yasasının hazırlanışı sırasında İstanbul Komisyonu Tasarısı, Yargıtay'da her davanın duruşmalı incelenmesini kabul etmişti.⁴ Ancak Bakanlık tasarımı değiştirdi ve tasarı bugünkü şeklini aldı.⁵

a. Ceza Mahkemesi Kararları Bakımından

Ceza yargılama yasamız ilk derece mahkemelerince verilen kararlar için Yargıtay'da temyiz incelemesini öngörmektedir. Ancak Yargıtay'ın daire ve genel kurulunun ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar için Yargıtay Yasası'nda özel düzenleme mevcuttur.

Şimdi bunlara ayrı ayrı göz atalım:

Yargıtay'ın Temyiz Mahkemesi Sıfatıyla Baktığı Davalarda

İlk derece ceza mahkemesi kararlarının temyizinde sadece sanık tarafının Yargıtay'da duruşmalı inceleme talep etme yetkisi vardır. Ceza Yargılama Yasası'nın 318. maddesine göre, *"ağır cezaya müteallik hükümlerde Yargıtay tetkikatını sanığın temyiz dilekçesindeki talebi üzerine veya dilerse resen duruşma icrası suretiyle yapar. Duruşma gününden sanığa veya talebi üzerine müdafisine haber verilir. Sanık duruşmada hazır olabileceği gibi kendisini*

³ Yargıtay'da duruşmalı inceleme yapılmasının gerekli olup olmadığı bu çalışmanın konusu değildir; ancak yararlı olduğu hakkında bkz. Kunter, N., Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. bas., Beta Yay., İstanbul 2000, s. 1142 vd. (*"muhakeme görevi bakımından duruşmanın faydası açıktır."*) Buna karşılık Yargıtay'daki duruşmanın yararlı olmadığı konusunda bkz. Dönmezer, S, Yenisey, F., *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998*, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı, İstanbul 2000, s. 198' de Yargıtay duruşmasının *"davanın sonucunu uzatmaktan başka bir etkisini kabul etmek mümkün değildir. Yargıtay dosya içeriğine göre hukuka aykırılığı tespit etmekle görevli bir kanun yolu mahkemesidir. Orada yeniden delil ikame edilemeyeceğine göre, şifahi izahat verilmesi hakimleri psikolojik bakımdan etkilemek dışında bir anlam taşıyamaz. Bu ise doğru değildir. Kaldı ki, mürafaayı adalet gerektiriyorsa, o zaman hükümlerin hepsi bakımından mürafaayı kabul etmek gerekir"* denmektedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir; zira bir yüksek mahkeme yargıcının duruşmada dinlediği tarafın etkisinde kalacağını savunmak, yargıç ve yargı bağımsızlık ve tarafsızlığı ile bağdaşır tarafı yoktur. Bu nedenle, yargıçların temyiz duruşmalarında şifahi açıklamalardan psikolojik olarak etkileneceklerini iddia etmek, kuruma karşı olmanın haklı gerekçesi olamaz.

⁴ İstanbul Komisyonu Tasarısı mad. 326 ve gerekçesi.

⁵ Kunter, Yenisey, 2000, s. 1142.

vekaletnameyi haiz bir müdafî ile de temsil ettirebilir. Sanık tutuklu ise bizzat ispatı vücut etmek talebinde bulunamaz."

Yasa, Yargıtay'daki duruşmalı incelemeyi sadece sanığı göz önünde bulundurarak düzenlemiştir. Bunun için sanık veya vekilinin talebi yahut Yargıtay'ın ilgili dairesinin resen duruşmalı incelemeye karar vermesi halinde yalnız sanığın veya vekilinin duruşmaya katılmasını öngörmüştür. Ancak yasamız, katılan tarafın Yargıtay'da duruşma isteyebileceğini düzenlemediği gibi, katılan esas alınarak duruşmalı inceleme de öngörmemektedir. Yasa, sadece sanığın talebi veya Yargıtay ilgili dairesinin uygun görmesi halinde Yargıtay'da duruşmalı inceleme yapılabilir diyor. Dolayısıyla bu düzenlemeden davanın diğer taraflarının, bilhassa katılanın Yargıtay'da duruşma isteyemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu husus 318. maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın ilgili dairesinin resen duruşmalı inceleme kararı vermesi halinde de, duruşmalı incelemeyi katılanın haberdar edileceğine ilişkin bir düzenleme olmaması, Yargıtay'daki duruşmalı incelemeye katılan tarafın "*taraf olarak*" katılamayacağı anlamına gelmektedir.

Aynı yasanın 421. maddesine göre ağır cezalı işler, "*ölüm,⁶ ağır hapis ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren cürümlere ilişkin davalardır.*"

Görüldüğü gibi yasamız, ceza davaları bakımından Yargıtay'daki duruşmaları hem "*ağır cezaya ilişkin*" hususlara hasrediyor, hem de taraflar bakımından sadece "*sanık tarafının*" istemi üzerine kabul ediyor. Yasa'nın 318. maddesi, duruşmalı inceleme için, "*eylemin gerektirdiği cezayı değil, "hükümle verilmiş olan cezayı esas almaktadır."*

Bu düzenlemeye karşın, sanık tarafından duruşma istenmesi üzerine, davanın çelişmeliliği ilkesi gereğince, katılan tarafın da duruşmalara davet edilebilip edilemeyeceği hususunda yasada açıklık yoktur. Yasa sadece kimin Yargıtay'da duruşma isteyebileceğini belirtip, katılan tarafın duruşma isteyebileceğini açıkça düzenlememekle beraber, bu duruşmalara katılan tarafın katılamayacağına ilişkin bir düzenlemeye de sahip değil. Bu durumda katılan tarafın da Yargıtay'daki duruşmalara "*taraf olarak*" katılabilmesi gerektiği ileri sürülebilir.⁸ Zira yasanın getirdiği yasak, katı-

⁶ Ölüm Cezalarının kaldırılmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 11 nolu protokol ile değişik 6 nolu protokol Türkiye tarafından 26.6.2003 gün ve 4913 sayılı yasayla onaylanmıştır. (RG: 17.9.2003, 25232) Bu protokolün birinci maddesine göre, "*Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez.*" 2. maddesi ise "*savaş zamanında ölüm cezasını*" düzenliyor.

⁷ Yargıtay 8. CD, 26.3.1985, 1354/1481; Yaşar, Osman, *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, 1998, C. 2, s. 1736.

⁸ Yaşar, 1998, s. 1731.

lan tarafın Yargıtay'da duruşma isteyememesidir. Sanık tarafın duruşma istemesinden veya ilgili daire tarafından resen duruşmalı inceleme kararı verilmesinden sonra, katılan tarafın da bu duruşmalara katılmasına olanak verilmesi gerekir. Yani, sanık tarafı Yargıtay'da duruşmalı inceleme talebinde bulunur veya ilgili ceza dairesi resen duruşmalı incelemeye karar verir ve katılan taraf kararı temyiz etmiş olursa, duruşmalı inceleme istemi olmasa da, durumun katılan tarafa iletilmesi ve gelmek/katılmak isterse duruşmalara katılmasına olanak verilmesi gerekir. Bunun için yasada ayrıca bir değişiklik gerçekleştirilmesi şart değil, ancak yasada değişiklik gerçekleştirilirse bu hususun da dikkate alınması gerekir. Zira yasanın 319. maddesinin son cümlesindeki *"bunlar arasında temyizi talep etmiş olan taraf önce dinlenir"* ibaresinin yer alması karşısında, bu maddede yer alan diğer düzenleme fıkralarında sanık ve müdafiiinden başkasının yer almamasına göre, taraf olarak katılan taraf kaldığından, buradan hareketle de katılan tarafın Yargıtay'daki temyiz duruşmasına katılabileceğini kabul etmek gerekir.

Yani, yasa katılan tarafın Yargıtay'da duruşmalı inceleme isteyebileceğine yer vermemekle beraber, gerek sanık tarafın duruşma istemi ve gerekse ilgili daire tarafından resen duruşmalı incelemeye karar verilmesi üzerine, bu duruşmalara katılan tarafın da katılabilmesi gerekir. Bizi bu sonuca, silahların eşitliği ilkesi, az yukarıda belirttiğim yasa maddesindeki düzenleme ile duruşmanın taraf teşkili ile yapılacağına ve çelişkinin tarafların katılmaları ile gerçekleştirilebileceğine ilişkin genel düşünce de götürür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı üzerine⁹ CMUK'nin 316. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikten sonra, tebliğ namelerin taraflara tebliğine ilişkin yeni düzenleme bu görüşümüzün savunulmasına daha elverişli durum yaratmıştır. Zira CMUK'nin 316. maddesinin 3 ve 4. fıkralarına göre.¹⁰ *"Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen*

⁹ AİHM'nin Affaire Göç, c. Turquie, Requête No: 36590/97, 11 Temmuz 2002 tarihli kararı.

¹⁰ CMUK'nin 316. maddesine 3. fıkra olarak, 2.1.2003 gün ve 4778 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile *"Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğnametaraflara ilgili dairece tebliğ olunur"* düzenlemesi eklendi. Ancak 19.3.2003 gün ve 4829 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle gerçekleştirilen değişiklikle, hem 3. fıkra değiştirildi, hem de bir fıkra daha eklendi. Buna göre maddenin 3 ve 4. fıkraları şu şekli aldı: *"Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile müdahil, şahsi davacı veya vekillerine dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir. Üçüncü fıkra uyarınca yapılacak tebligatlar, Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılmasıyla geçerli olur."*

tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile katılan, şahsî davacı veya vekillerine da-iresince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir.

Üçüncü fıkra uyarınca yapılacak tebligatlar, Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılmasıyla geçerli olur."

Bu yeni düzenleme karşısında, tebliğnamelerin katılan sıfatını almamış, ancak aleyhlerine sonuç doğurabilecek olan şahsi davacı veya vekillerine dahi tebliğinin öngörülmesi karşısında, kararı temyiz etmiş olan katılan tarafın duruşmaya katılmaması bir çelişkidir.

Ancak Yargıtay içtihatları, yasada açık düzenleme olmaması nedeniyle, bu görüşün aksine, katılan tarafın Yargıtay'da duruşma isteyemeyeceği yönündedir.¹¹ Fakat, Yargıtay'ın katılan tarafın, sanık tarafından istenmesi veya ilgili daire tarafından resen duruşmalı inceleme kararı verilmesi hallerinde Yargıtay duruşmasına katılabileceği veya hiç bir duruşmaya katılmayacağı yönünde bir kararı da yoktur. Uygulamada katılan tarafın duruşmalı incelemeye taraf olarak iştiraki söz konusu değildir.

Diğer yandan bizde istinafin olmaması ve Yargıtay'ın hem hukuk hem de esas yönlerinden temyiz incelemesi yapması karşısında, esasa ilişkin işlemlerin tamamlanmış sayılmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, katılanın da duruşmalı inceleme isteme veya istenmiş duruşmalı incelemeye katılabilmesinin sağlanması gerekir.

Ülkemiz bakımından bu husus AİHM'nin önüne götürülebilir. Zira AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı içerisinde şahsi hakkının bulunduğu yönünde talebi de olan katılan tarafın, AİHM önünde bu hususu dile getirmesi mümkündür. Çünkü AİHS sadece sanıklar bakımından korumalar getiriyormuş gibi bir izlenim verse de, bu her koşulda doğru değildir. Sanığın verdiği zarardan dolayı alacağını talep eden veya talep etme hakkı olan yahut talep edebilip edemeyeceği konusunda uyuşmazlık bulunan hususlarda AİHM katılanın başvurusunu dinliyor.¹²

Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar bakımından daire ve genel kurul kararları için farklı düzenleme vardır.

¹¹ Birkaç örnek: 5. CD, 12.6.1997, 1873/2196; 2. CD, 12.5.1997, 5438/6558; 5. CD, 31.5.1990, 1572/3032; 6. CD, 9.4.1996, 2928/3918.

¹² Bkz. Inceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yay., İstanbul 2002, s. 55 vd.

Bunlara göz atacak olursak:

Yargıtay'ın İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla Baktığı Davalarda

1. Yargıtay Daire Kararının Temyizinde

2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 15. maddesine göre, Yargıtay ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararların temyizen incelenmesi Yargıtay Ceza Genel Kurulunca yapılmaktadır. Daire kararının ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmesi ve aksine bir düzenleme olmaması nedenleriyle, daire kararının temyizen incelenmesinde Ceza Genel Kurulunda duruşmalı inceleme yapılması gerekir.¹³ Özel yasa olan Yargıtay Yasası, Ceza Genel Kurulu'nun görev ve yetkilerini düzenleyen, temyizen dosya incelemesinin duruşmalı olabileceği hususunda bir hüküm içermemekle beraber, duruşmalı inceleme yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme de getirmemiştir.¹⁴ Bu durumda, Yargıtay Ceza Dairesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın CMUK'nin 318 vd. maddeleri hükümlerine tabii olması ve dolayısıyla temyiz incelemesinin, koşulların olması halinde, Ceza Genel Kurulu'nda duruşmalı yapılması gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Uygulamada Ceza Genel Kurulu'nda duruşma yapılması kabul edilmemektedir.¹⁵ Yargıtay ceza genel kurulunun verdiği kararlarda ifade edilen husus ise, Yargıtay'daki duruşmanın sadece dairelerin temyiz incelemelerine ilişkin olduğu, ceza genel kurulunda duruşmalı inceleme yapılabileceği konusunda açık bir düzenleme bulunmadığı şeklindedir.¹⁶

¹³ Yargıtay Yasası'nın birinci maddesinde Yargıtay'ın "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile bu kanun ve diğer kanunların hükümlerine göre görev yapan bağımsız bir yüksek mahkeme" olduğu belirtilmektedir. Diğer yasaların uygulanabilmesine olanak verilmesi, daire kararlarının duruşmalı incelemesinin mevcut usul yasasında düzenlendiği gibi mümkün olduğunu ifade etmektedir.

¹⁴ Yargıtay Yasası'nın 41/2. maddesine göre, "Özel dairenin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararın temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde özel dairelerde duruşmaya katılıp da hükme müessir olacak hukuki işlemlerin yapıldığı oturumda bulunmuş veya karara katılmış olanlar genel kurullarda bulunamazlar."

¹⁵ Yenisey, Feridun, *Duruşma ve Kanun Yolları*, bas. 2, Beta Yay., İstanbul 1990, s. 188; Malkoç, İsmail, *Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Başlıca Ceza ve Usul Yasaları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 740.

¹⁶ Uygulamada, ceza genel kurulunda duruşma yapılmamasının nedeni olarak, yasanın 319. maddesindeki Yargıtay deyimi ile sadece dairenin kastedildiği ve genel kurulda duruşmalı inceleme yapılacağına ilişkin açık bir düzenlemenin olmadığından hareket edilmektedir; (CGK, 8.6.1945, 10/28; 27.4.1959, AdD 60, 301; Kunter, Yenisey, 2000, s. 1160, dip. 208) Ceza genel kurulunda duruşmalı inceleme yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle duruşmalı incelemenin benimsenmediği hk ictihatlar: CGK, 2.6.1986, 1-157/332; CGK, 14.3.1966, 1-117/57; (Ağır ceza hükümlerinin Yargıtayca duruşmalı olarak incelenmesi ancak sanıklar tarafından yapılacak isteğe

Ancak Kunter ve Yenisey¹⁷ Yargıtay'dan farklı görüşler. Yazarlara göre, sadece itiraz yargılamasında ceza genel kurulunda duruşma yapılamaz, temyiz incelemesinde ise duruşma yapılması gerekir; zira yasada duruşmadan bahsedilirken “*yargıtay*” (mad. 319) denilmesi, duruşmanın ceza genel kurulu incelemesini de kapsadığını gösterir; ceza genel kurulunun uymama üzerine yaptığı yargılama temyiz yargılaması olup, genel kurul yargıtay olarak hareket ettiğinden, burada da duruşma yapılması mümkündür.

Erem'e göre,¹⁸ ceza genel kurulunda duruşmalı incelemenin kabul edilmemesi yerinde değildir; zira, yasa koyucu temyiz mahkemesinde duruşmalı incelemeyi kimi hallerde benimserken, böyle bir tahdidi düşünmemiştir. Genel kurulda duruşmalı inceleme yapılabileceği hususunda düzenleme olmaması gerekçesiyle duruşmalı incelemeyi kabul etmeyen içtihadı yerinde bulmayan yazar, 318. maddenin sadece temyiz dairesinde duruşmalı inceleme yapılabileceği şeklinde sınırlı düzenlemeye sahip olmadığı kanaatindedir.

Bence, öncelikle genel kurulunun bu konudaki kararına katılmak mümkün değil. Zira yasa daire genel kurul ayrımı yapmamaktadır. İkincisi, dairenin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davaların temyizen incelenmesi sırasında ceza genel kurulunda duruşmalı inceleme yapılmasını, yasada yer alan “*yargıtay*” (mad. 319) sözcüğünden değil, işin özelliği bakımından ele almak gerekir. Daire davaya ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakmaktadır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin kararları bakımından benimsenmiş olan bir yasa yolunun, yani temyiz, aksine bir düzenleme olmadıkça, ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılan bütün işler için uygulanması gerekir. Bu konuda aksine bir düzenleme olsaydı, ki böyle bir düzenlemenin hukuka uygunluğu da tartışmalı olurdu, belki bir istisnadan söz edilebilirdi. İstisnai bir hüküm bulunmadığına göre, tüm ilk derece mahkemesi kararları gibi, dairenin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı işler için de temyiz kabul edildiği bir sistemde, duruşmalı inceleme yapmayı engelleyen bir husus olmadığı kanısındayım. Dolayısıyla dairenin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararların temyizen incelenmesinin yapıldığı ceza genel kurulunda duruşmalı inceleme yapılması gerekir. Bunun kabulü halinde, katılan tarafın da ceza genel kurulundaki duruşmalı incelemeye taraf sıfatıyla katılması zorunludur.

bağlı tutulmuş olmakla beraber, yasalarda Ceza Genel Kurulu'nda duruşmalı inceleme yapılacağını gösteren bir hüküm de bulunmadığından müdahilin bu yoldaki isteğinin reddine) Ali Kaşifoğlu, K. Doğu, Engin, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Ankara 1981, s. 278; benzeri karar bkz. CGK, 7.10.1968, 180/298, aynı eser, s. 323.

¹⁷ Kunter-Yenisey, 2000, s. 1160, 1141, dip:125; Yenisey, 1990, s. 188-189.

¹⁸ Erem, Faruk, *Ceza Usul Hukuku*, Ankara 1978, s. 591.

Bir başka açıdan da, yasanın açık bir yasak getirmemesine karşın, işin tabiatı duruşmalı inceleme yapılmasını gerektirdiği halde, bunların göz önünde bulundurulması gerekirken, özgürlük lehine yorum yoluyla haktan yararlandırma yerine, yararlandırmama yolunun seçilmesi, özgürlükçü yorum değildir. Hukuk devleti ilkesinin kabul edildiği bir sistemde, yasanın açıkça yasaklamadığı hallerde, hakkın kullanımının güçleştirilmesi, konumuzla ilgili olarak da hiç kullanılamaz hale getirilmesi yerinde değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Yeniden İncelenmesinde

Yargıtay ceza genel kurulu, *"ceza dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşur."* (2797, mad. 7/1) Genel kurulun toplanma sayısı, gündemdeki konuya göre farklılık gösterir. Örneğin; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar için yasa özel düzenleme getirmiştir. Yargıtay yasasına göre, *"sanık, ceza genel kurulunca verilen kararın tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde yeniden incelenmesini isteyebilir."* (mad. 46/6) Yasa, yeniden incelemenin Yargıtay ceza genel kurulunun farklı oluşumuyla ve bu kurul tarafından, evrak üzerinde yapıp, sorunun kesin olarak karara bağlanacağını öngörmektedir. (mad. 7/son)

Yargıtay yasası bu düzenlemesiyle, ceza yargılama yasasındaki düzenlemeden ayrılmıştır. Dolayısıyla, sadece sanığın yeniden inceleme isteminde bulunabilmesi, iddia makamı ile katılan yönlerinden yeniden inceleme isteme hak ve yetkisini tanımamasının silahların eşitliği ilkesi ile uyumlu olduğu söylenemez. Aşağıda açıklayacağım Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 nolu protokolün 2. maddesindeki düzenleme sanık bakımından istisnalar olabileceğini öngörmekle beraber, sanığa tanınacak bu hakkın katılana tanınmayacağı anlamına gelmez. Gerek hak arama özgürlüğü ve gerekse silahların eşitliği ilkesi böyle bir düzenlemenin yerindeliğini kabul etmez.

Yargıtay yasasındaki bu düzenleme, her ne kadar bir temyiz başvurusu olarak düşünülmemiş ise de, sonuçta bir hak arama yoludur. Katılan tarafa bir başvuru hakkı tanınmaması ve sanığa tanınması, katılanın böyle bir yargılamada hiçbir biçimde katılanlık sıfatının alınmasına gerek olmadığı şeklinde kabul edilebilir. Zira, katılanlık sıfatı, katılanın verilecek karara karşı yasa yollarına başvurabilmesini güvenceye almayı amaçlar. Sanık için tanınan bir başvuru yolunun, adı ne olursa olsun, katılana ve iddia makamına da tanınması gerekir. Yasanın özel düzenlemesi nedeniyle, burada yer alan sanığın yeniden inceleme isteyebilmesine ilişkin düzenleme, dosya üzerinden incelemeyi öngördüğünden, duruşmalı

inceleme yapılamayacağını gösterdiğinden, duruşmasız incelenmesi savunma özgürlüğü ve taraflar arasındaki silahların eşitliği ilkesine aykırı sayılmaz. Ancak, eleştirdiğim husus, sanığa tanınan yeniden inceleme isteme hakkının diğer taraflara tanınmamasıdır.

Yargıtay Yasası kimi hususlarla ilgili düzenlemeleri Yargıtay İç Yönetmeliği'ne bırakmıştır.¹⁹

b. Yeni Ceza Yargılama Yasa Tasarısında

Hazırlanmış ve Mecliste görüşmesi devam eden yeni²⁰ Ceza Yargılama Yasası'ndaki düzenlemeye göre, *"On beş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezalarına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini sanığın temyiz dilekçesindeki istemi üzerine veya dilerse resen duruşma yoluyla yapar. Duruşma gününden sanığa veya istemi üzerine avukatına haber verilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir avukat ile de temsil ettirebilir.*

Sanık, tutuklu ise duruşmaya katılmak isteminde bulunamaz.

*Yukarıdaki fıkralarda yazılı hallerde temyiz isteminde bulunan katılana da duruşma günü bildirilir."*²¹ (mad. 330)

Yeni tasarıdaki bu düzenleme mevcut düzenlemeye göre oldukça olumlu bir adımdır. Çünkü, tasarı yürürlüğe girerse, mağdur taraf katılan sıfatını alıp kararı temyiz etmekle, yasada öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, temyiz mahkemesindeki duruşmalara taraf sıfatıyla katılabilecektir.

Ancak, metinden de anlaşıldığı gibi tasarı, kural olarak katılan tarafa Yargıtay'da duruşmalı inceleme isteminde bulunma hak ve yetkisi vermiyor. Yani tasarı, talep etme bakımından yürürlükteki yasa gibi, katılan tarafa böyle bir hak tanımıyor. Ancak tasarıda, mevcut yasadan farklı olarak, katılan tarafın *"kararı temyiz etmiş olması"* koşuluyla, sanık tarafı duruşmalı inceleme talebinde bulunmuş veya Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından duruşmalı incelemeye resen karar verilmişse, katılan tarafın da duruşmaya

¹⁹ Yasanın 15/son maddesine göre, *"Hukuk ve Ceza Genel Kurullarına katılmak zorunda olan başkan ve üyelerin belirlenmesine ilişkin esaslar, görüşmelerin gündemi, yönetimi, çalışma gün ve saatleri, oylama ve karar, ön sorun ve öncelikle karara bağlanacak hususlar, kararın çıkmış sayılması, kanun hükümleri çerçevesinde Yargıtay İç Yönetmeliği ile düzenlenir."*

²⁰ Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, B.02.0.KKG.0.10/101-508/1020 sayı ve 7.3.2003 günlü.

²¹ Tasarının 330. maddesinin gerekçesinde katılan taraf için neden böyle bir düzenleme getirildiği veya katılan tarafın duruşmalı inceleme istemeye neden yetkili kılınmadığı hususlarında bir açıklama yoktur. Gerekçede sadece *"hükümü temyiz etmiş olması koşuluyla katılanın da duruşmaya çağrılmasına olanak sağlanmıştır"* denmiştir.

katılmak üzere duruşma gününden haberdar edilmesi öngörülmektedir. Şayet katılan taraf kararı temyiz etmemişse, Yargıtay'daki duruşmalı incelemeye taraf sıfatıyla katılması mümkün görülmemiştir. Yani hak arama özgürlüğü savunma özgürlüğünden sonraya bırakılmış olmaktadır. Oysa, sanığın savunma özgürlüğü kadar, mağdurun da hak arama özgürlüğü önemlidir. Kuşkusuz bu iki özgürlükten biri diğerine üstün sayılamaz. Bu birbirinden üstün sayılmama nedeniyle silahların eşitliği ilkesi önem kazanmaktadır. Oysa katılanlık sıfatının alınması koşuluyla, davaya ilişkin tüm yargılama aşamalarında katılan tarafın da, silahların eşitliği ilkesi gereğince, sanığın savunma özgürlüğünden yararlanmasına paralel olarak hak arama özgürlüğünden yararlandırılması gerekir.

Oysa silahların eşitliği ilkesi gereği, sanık tarafına tanınmış olan Yargıtay'da duruşmalı inceleme yetkisinin, sanık tarafının talebine bağlı olmaksızın, sanık tarafına tanındığı gibi, katılan tarafa da tanınması gerekirdi. Ayrıca, yasa gereği Yargıtay'da duruşmalı inceleme yapılması mümkün olan bir karar için, Yargıtay tarafından resen duruşmalı inceleme kararı verilmesi halinde sanık tarafı haberdar edildiği halde, katılan taraf kararı temyiz etmemişse duruşmalı incelemeye katılamayacaktır. Bunun kabulü mümkün değildir. Çünkü, katılan tarafa, yasadan kaynaklanan hakkını elde edebilmesi amacıyla, hak arama özgürlüğünü tam kullanabilmesi bakımından, Yargıtay'da duruşmalı inceleme hak ve yetkisinin tanınması gerekirdi.

Yani katılan taraf, o dosyanın Yargıtay'da duruşmalı inceleneceğini (sanık tarafının duruşmalı inceleme isteyip istemeyeceğini veya resen bu yönde karar verilip verilmeyeceğini) bilemediğinden, kararı temyiz etmemekle duruşmalı incelemeye dahil edilme hakkını kaybetmektedir. Burada katılan tarafın kararı temyiz etmemekle bir hakkın kullanımından vazgeçmiş sayılması mümkün değildir. Eğer yasa katılan tarafa da duruşmalı inceleme talep etme yetkisi/hakkı vermiş olup da, katılan taraf temyiz etmemiş olursa, ancak o zaman duruşmalı inceleme talep etme hakkını da kullanmaktan vazgeçmiş sayılabilir. Bu nedenle, katılan tarafın duruşmalı inceleme hakkının temyiz etme hakkını kullanmadan önce bilmesi ve bunun açıkça yasayla önceden düzenlenmesi gerekir. Tasarıda yer aldığı gibi bir düzenlemeden hareketle, katılan taraf, yasaya göre, sanığın temyizi üzerine Yargıtay tarafından resen veya sanık tarafın temyiz dilekçesinde talebi üzerine incelemenin duruşmalı yapılacağını biliyor, öyleyse katılan bunu bildiği halde kararı temyiz etmemekle, duruşmalı inceleme hakkından da vazgeçmiş sayılır biçiminde yorumlamanın doğru olmadığı kanısındayım. Mademki bu konuda yeni bir düzenleme yapılıyor, öyleyse dolambaçlı yollara gitmeksizin, bir hakkın kullanımının, silahların eşitliği ilkesi de

gözetilmek suretiyle, kolaylaştırılması yerinde olur. Çünkü, sanık tarafı duruşmalı inceleme isterse zaten duruşmalı inceleme yapılacaktır. Resen duruşmalı incelemeye karar verilebilmesi için kararın –duruşmalı inceleme talebi olmasa da- temyiz edilmesi şarttır. Mademki katılan tarafın ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmesi ve temyiz dilekçesinde kimi hususları dile getirmesi de resen duruşmalı inceleme kararı verilmesine vesile olabiliyor, öyleyse, katılana bir hakkı açıkça kullanabilme yetkisi vermek yerine, onun sızlanmalarını göz önünde tutmak suretiyle ve sonuçta katılanın iştirak edemeyeceği bir duruşmalı inceleme kararı verilebilmesini anlamak anlaşılması güç bir durumdur. Yani, Yargıtay’da duruşmalı inceleme yapılabilecek bir olayın sanığı ilk derece mahkemesinin kararını, kararı temyiz etmiş olmak koşuluyla, duruşma istekli olarak temyiz etmese bile, katılanın temyizi de göz önünde bulundurulmak suretiyle duruşmalı incelemeye karar verilebilip sanık duruşmaya çağrılabilirse, katılan tarafın da, dolambaçlı yollara gerek kalmadan tek başına duruşmalı inceleme isteyebilmesi gerekir.

Tasarıda, katılan tarafın hükmü temyiz etmiş olması koşuluyla, gerek resen ve gerekse sanık tarafının talebi üzerine yapılacak duruşmalı incelemeye davet edileceği yer aldığından, doğal olarak böyle bir duruşmanın usulü de mevcut sistemden farklı düzenlenmiştir. Tasarının 331. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Yargıtay’daki duruşmada “*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya yerine görevlendirdiği Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, sanık, katılan ve avukatları iddia ve savunmalarını açıklar. Temyizi istemiş olan tarafa önce söz verilir. Her halde son söz sanıktır.*”

Ancak tasarı ile istinaf mahkemelerine yer verildiği gibi, (mad. 297-316) doğal olarak, temyiz’in “*ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine*” dayalı olarak kabul edilmesi karşısında, maddi nedene dayalı inceleme yapılamayacak demektir. Fakat kimi hukuka aykırılıkların maddi sorunun ele alınmasını zorunlu kılabileceğini de kabul etmek gerekir.

c. Hukuk Mahkemesi Kararları Bakımından

Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası’nın 438. maddesine göre, Yargıtay temyiz incelemesini dosya üzerinde yapar. Ancak tüzelkişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına veya feshine, boşanma veya ayrılığa, velayete, nesebe ve kısıtlamaya ilişkin davalarla miktar veya değeri sekiz yüz milyon lirayı aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını istemiş ise, Yargıtay tarafından bir gün belli edilerek taraflara usulen tebligat yapılır. Tebliğ tarihi ile duruşma günü arasında en az on beş gün bulunması gerekir; taraflar gelmişlerse bu süreye bakılmaz. Tebligat gideri verilmemişse du-

ruşma isteği dikkate alınmaz. Ancak görevsizlik, yetkisizlik, yargıcın reddi, dava veya karşılık davanın açılmamış sayılması, davaların birleştirilmesi ile direnme kararlarının temyiz incelemesinde duruşma yapılmaz.

Yargıtay'ın temyiz incelemesi yapmaya yetkili dairesi, 438. maddenin birinci fıkrası hükmü ile bağlı olmaksızın da, bilgi almak üzere kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.

Duruşma günü belli edilen hallerde Yargıtay, tarafları veya gelen tarafı dinledikten sonra ve taraflardan hiç biri gelmemiş ise dosya üzerinde inceleme yaparak kararını o gün tefhim eder.

Duruşma günü kararı verilemeyen işlerin en geç yirmi gün içinde karara bağlanması zorunludur.

Yasada ivedi olduğu bildirilen dava ve işlere ait Yargıtay incelemesi öncelikle yapılır.

Temyiz olunan hükmün, yasanın olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve yasaya uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde Yargıtay hükmü değiştirerek ve düzelterek onayabilir.

Yasanın 439. maddesine göre, temyiz mahkemesi, iki tarafın temyiz ve cevap dilekçelerinde ileri sürdükleri itiraz ve savunmaları ile ilgili olarak gerekçeli biçimde karar vermeye ve bunların beyanlarını kararında göstermeye mecburdur. Maddenin ikinci fıkrasına göre de, Yargıtay ilgili dairesi, kararında, iki tarafın iddia ve savunmalarıyla bağlı olmaksızın, yasa maddesine açık aykırılık gördüğü hususları da dikkate alır.

C. Uluslararası Hukukta

a. Eşitlik İlkesi: Herkes hukuk önünde eşit haklara sahiptir.²² Eşitlik ilkesi, kişilerin hukuktan eşit yararlanma haklarını güvenceye alır. Yani kamu makamları tarafından düzenlenen ve faaliyet gösterilen her alanda -makul ve objektif ölçütlere dayanan farklı işlem yapma durumları hariç- hukuken ve fiilen taraflara eşit davranılması gerekir.²³ Mahkeme önünde eşit olma hakkı hukukun üstünlüğünün -hukuk devletinin- genel ilkesidir. Bu ilke, herkesin hem mahkemeye eşit ulaşma hem de bu mahkemeler tarafından eşit işlem görme hakkına sahip olduklarını güvenceye alır.

²² Evrensel Bildiri, mad. 7 ve 10; AİHS, mad. 14; 1982 Anayasası, mad. 10.

²³ Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Hakkı*, İletişim Yay., Çev. Fadıl Ahmet Tameri, Erol Kaplan, Mahkeme ve Hukuk Önünde Eşitlik Hakkı" başlığı altında, İstanbul 2000, s. 151 vd

Eşitlik ilkesi, herkesin mutlak surette eşit olması demek olmadığından, mağdurun hak arama özgürlüğünü kullanırken sanığın savunma hakkının ihlal edilmemesi gerekir. Ancak savunma hakkının varlığı, mağdurun haklarının gereksiz biçimde sınırlanması veya kullanılamaz hale getirilmesi anlamına gelmez. Mahkemelerde mağdurun hak kullanımında, bilgilere rahatlıkla kavuşabilmesi kadar, alınacak önlemlerden sanık gibi yararlanabilmesi de gerekir. Bu nedenle Birleşmiş Milletler, suçtan ve yetkinin kullanılmasından mağdur olanlara adalet sağlanmasına ilişkin temel ilkelerle ilgili bildirisinde şu hususlara yer vermiştir: *“Yargısal ve idari mekanizmaların mağdurların gereksinimlerine yanıt verebilmesi için mağdurlara şu olanaklar sağlanır: (...)sanıkların haklarına zarar vermeden ve ulusal ceza adaleti sistemine uygun biçimde mağdurun kişisel haklarını ilgilendirdiği durumlarda davanın gerekli aşamalarında kendisinin görüş ve düşüncelerini sunmasına izin verilir ve bunlar dikkate alınır.”*²⁴ Bildiride ek olarak, mağdurların hukuki süreç boyunca bilgilendirilmeleri ve onlara yardımcı olunması gerektiği yer almaktadır.

b. Üst Derece Mahkemesine Başvurma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı ek protokolünün 2. maddesine göre,

“1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasadaki düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.”

Ancak bu düzenleme, sanık yönünden üst mahkemede kararın yeniden incelenmesine olanak verilmesini ve istisnaların mümkün olduğunu öngörmekle beraber, sanığa tanınacak başvuru hakkı için mağdurun da bu başvurudan ayırık tutulmasını öngörmemektedir. Zira, mağdurların üst derece mahkemelerinde hazır bulunabilmeleri, bu mahkemelerin niteliklerine bağlı olarak kabul edilmektedir. Bunun için üst derece mahkemelerinde olayın hukuki noktalarının olduğu kadar, maddi noktalarının da incelenip incelenmediğine dikkat edilmektedir. Üst derece mahkemesinin olayın hem

²⁴ Bkz. Uluslararası Af Örgütü, *age*, “mağdurların ve tanıkların hakları başlığı” altında s. 233 vd.

hukuki hem de maddi yönüne ilişkin karar vermeye yetkili olduğu durumlarda, adil yargılanmanın genellikle sanığın da hazır bulunmasını zorunlu kıldığı kabul edilmektedir.²⁵ Ancak sanığın hazır bulunduğu duruşmada mağdurun da bulunması gerektiği kuşkusuzdur.

Konuyla ilgili olarak bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ve diğer sözleşme hükümlerine göz atacak olursak:

-AİHM'ye göre maddi nitelikli anlaşmazlıklarla ilgili olarak, özel hukuk uyuşmazlıkları için konu tartışmasız olmakla beraber, ceza ve idare hukukları bakımından da tazminat davaları genellikle medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili kabul edildiğinden,²⁶ temyiz duruşmasında katılan tarafın da bulunması gerekir. AİHM kararlarında, ceza davaları ile ilgili kimi tazminat davalarını -kamu hukuku alanında olmasına rağmen- sözleşmenin 6. maddesi kapsamında görmektedir. Şahsi ceza davaları kamu hukuku alanına ait olduğu halde, bunların korudukları kişisel hakkı dikkate alıp, medeni hak ve yükümlülük içerisinde değerlendirilmektedir.

Örneğin; Helters/İsveç davasında, AİHM'si, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının, kişinin bir ceza davası açmasını güvenceye almadığını kabul etmesine rağmen, *"iyi bir şöhrete, üne sahip olma hakkının medeni nitelikte bir hak olduğunu saptadıktan sonra, İsveç hukuk sisteminin şahsi ceza davası hakkını kişinin şöhretinin korunmasını sağlamak için tanıdığını vurgulayarak"* söz konusu uyuşmazlığı AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlali şeklinde görmüştür.²⁷

Yine bir suç mağdurunun ceza davasına katılması, korunan hakkın niteliği ile değerlendirilmektedir. AİHM, Tomasi/Fransa kararında, başvuru işkence gördüğü için olayın sanığı olan polis memurlarının yargılandıkları ceza davasına katılmış ve şikayetçi olmuştur. Başvuru, bu davada AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hükümet ise, başvuru sadece duruşmalara katılıp sanıklardan şikayetçi olduğunu, ancak sanıklardan maddi tazminat talebinde bulunmadığını, dolayısıyla medeni bir hak kaybından söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür. AİHM ise, hükümetle aynı görüşü paylaşmayıp, Fransız hukukunda ceza davası ile tazminat arasında bağ olduğunu ve bu bağlantı nedeniyle, tazminat talebi olmasa dahi, sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrasına giren bir ihlal durumu olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin

²⁵ Avrupa Mahkemesi, üst derece mahkemeleri önünde sadece hukuki yönden inceleme yapılması halinde, sanığın hazır bulunmasının zorunlu olmadığına hükmetmektedir. Bkz. Uluslararası Af Örgütü, s. 223-224.

²⁶ AİHM kararı için bkz. İnceoğlu, 2002, s. 31-32, 34.

²⁷ İnceoğlu, 2002, s. 55

vardığı sonuç; Tomasi tarafından istenen tazminat, iddianın sonucuna, diğer bir deyişle şikayet olunan fiillerin faillerinin mahkumiyetlerine bağlıdır. Her ne kadar tazminata karar vermeye ceza mahkemesi yetkili ise de, bu sonuçta bir medeni haktır. Dolayısıyla ihlal söz konusudur.

-Eğer bir hukuk sisteminde temyiz aşamasında duruşmalı inceleme esası benimsenmiş ise, bunun halka açık olması gerekir. Engel ve diğerleri/ Hollanda kararında AİHM, Yüksek Askeri Mahkeme'nin onama kararını, bu mahkemenin yaptığı kapalı oturumda verilmesi nedeniyle, AİHS'nin 6 (1). maddesindeki aleni yargılama hakkına aykırı bulmuştur.²⁸ Çünkü duruşmalı incelemenin özü, yargılamanın açıklığı ilkesidir. Kimi hallerde açık olmayan duruşmalar yapılması bizim hukukumuzda olduğu gibi, (Anayasa, mad. 141) AİHS hukukunda da benimsenmiştir. (AİHS, mad. 6/1) Ancak AİHS'nin 6. maddesi gereğince, her temyiz incelemesinin mutlaka duruşmalı olması gerekmez.²⁹ Fakat iç hukukta, temyiz mahkemesinde (veya istinafta) duruşmalı inceleme sistemi benimsenmişse, bundan davanın taraflarından birinin yararlanması ve diğerinin yararlanmaması silahların eşitliği ilkesine aykırıdır.

c. Hukuki-Maddi Denetim

Diğer taraftan, temyiz mahkemesinin hukuki denetim yanında maddi denetim de yapıp yapmadığı yönünden değerlendirmede bulunmak gerekir. Sırf hukuki denetimin benimsendiği temyiz mahkemesinde taraflardan hiç biri için duruşmalı incelemeye gerek görülmemesinin hukuka aykırı bir yönünün olmadığı savunulabilir. Buna karşılık, temyiz mahkemesinin hem hukuki hem de maddi denetim yaptığı durumlarda, maddi bakımdan katılan tarafın tazminat hakkının belirlenebilmesi için hakkını buradaki duruşmada dile getirmesi ve bu dile getirme hakkının kullanımının etkin olması da gerekir. Sözleşmenin 13. maddesine göre, "*sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes –sadece sanıklar değil– (...) ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.*" Temyiz duruşmasında, aynı dava dosyasının taraflarından birine temyiz duruşmasına katılma hakkını tanıyıp diğerine tanımamak, sözleşmede düzenlenen bir hakkın ihlalinden zarar göreni, o hakkını aramasının dayanağı olan fiilin sabitlenmesi bakı-

²⁸ AİHM'nin Engel ve diğerleri kararı; Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, I, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yay., Ankara 2003, s. 159-160. Benzeri karar Ettl ve diğerleri kararı.

²⁹ Helters ve Olsson kararları; Tezcan, Durmuş-Erdem, Ruhan-Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 249.

mından iddiasını ileri sürememesi sonucunu doğurur. Bu da Sözleşmenin 13. maddesinin öngördüğü “*etkili başvuru hakkı*”nın kullanımı ve diğer özel maddelerden birinde yer alan hakkın ihlalinin iç hukukta aranmaması demektir. Oysa sözleşmenin 6. maddesi, 13. maddesine paralel düzenlemeyle, dava açma hakkını da içerir.³⁰ Dava açma hakkı sadece sanık hakları için kabul edilmiş değildir. Bu hak mağdurları da kapsar.³¹

Görüldüğü gibi, katılanlık yetkisi davada taraf olmayı ve hak talebinde bulunmayı gerektirdiğinden, davanın tarafı olması nedeniyle, yargılamanın her aşamasında, yani temyiz aşaması da dahil, katılanın adil yargılanma hakkından yararlandırılması gerekir. Çünkü, adil yargılanma hakkı ile ilgili bir husus da, hak ve yükümlülüğe ilişkin bir “*uyuşmazlığın*” varlığıdır. Katılanlık sıfatının alınması, ortaya “*uyuşmazlık*” çıkarmış olduğundan, her uyuşmazlığın tarafı gibi, mağdur tarafın da adil yargılanma hakkından yararlanması gerekir.

Diğer yandan, kişilerin, adaletin hakkaniyete uygun şekilde yerine getirilmesini isteme hakları vardır. AİHM bunu, “*sözleşme bağlamında, demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi hakkı o denli önemli bir yere sahiptir ki (.) 6. maddenin 1. paragrafının kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmez*”³² şeklinde belirtmektedir.

d. Silahların Eşitliği

Silahların eşitliği (AİHS, mad. 6/1) yönünden konuya yaklaşıldığında, dikkate alınması gereken ilk nokta, ‘*adil denge*’ anlamında silahların eşitliğinin var olup olmadığı konusudur. ‘Adil denge’ nin sağlanması, silahların eşitliği prensibinin uzun süre önce kurumsallaşmış unsurlarından biridir. Silahların eşitliği ilkesi, duruşmaların çelişkililiği ile ilgilidir. Bu ilke, davanın taraflarından her birine, davasını -kanıtlar dahil- karşı taraf -taraflar- karşısında esaslı bir dezavantaj sağlamayan koşullarda sunmak için

³⁰ Gözübüyük, A.Ş-Gölcüklü, A.F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2003, s. 276 vd.

³¹ Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü’nün duruşmaların yürütülmesi başlıklı 63. maddesinde, duruşmalarda taraf avukatının yer alacağı; 70. maddesinde duruşma tutanaklarının taraf avukatlarına verileceği ve 68. maddesinde de tanıklara taraf avukatlarının soru sorabilecekleri hususları yer almaktadır.

³² Delcourt Belçika’ya karşı 17 Ocak 170, 25. paragraf; Nuala Mole ve Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz) İnsan Hakları Kitapları, No:3, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayını, Strasburg 2001, s. 6.

makul bir fırsat verilmesi gerektiğini ifade eder. Yani bu ilke, kural olarak bir ceza veya medeni hukuk davasının taraflarının toplanan bütün kanıtlar ve dosyada yer alan bütün gözlemler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatı verilmesini sağlar. Yargılamanın adil biçimde yönetildiği ve adaletin bu şekilde sağlanabileceği gerçeği ve bu gerçeğin hem içerik hem de görüntü olarak sağlanması gerektiğini ifade etmektedir.

AİHM, bir kararında,³³ silahların eşitliği ilkesinin adil yargılamanın gereklerinden biri olduğunu, her davanın tarafına muhalifi karşısında kendisini esaslı bir biçimde dezavantajlı bir duruma sokmayacak koşullarda görüşünü savunabilmesi için makul imkanların verilmesini gerekli görmüştür.

Silahların eşitliğinin sağlanmasının çeşitli yönleri vardır. Bunlara sırasıyla göz atacak olursak;

Karşı Tarafın Hazırladığı Sunumları Alma ve Cevaplama Fırsatına Sahip Olma Hakkı: Delillere kavuşma bakımından duruşma hakkı, bir ceza davasında hem savcılık makamının, hem de savunmanın diğer tarafınca dosyaya yazılı veya sözlü olarak aktarılmış, yorumlanmış tüm kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatının verilmesi zorunluluğu anlamına gelir. Bir ülke hukuku bunu gerçekleştirmek için kullanabileceği çeşitli yollara sahiptir. Bu yollardan hangisi seçilirse seçilsin, önemli olan seçilmiş olan yöntemin, diğer tarafın dosyadaki tüm kanıtlar ile bu kanıtların taraflarca yorumlanmış ve sunulmuş biçimini yargılama boyunca bilmeleri ve karşı delilleri ile buna karşı diyeceklerini ifade edebilme hakkını vermelidir. Eğer taraflardan biri, karşı tarafın delil ve iddiaları ile yorumlamalarını özgürce elde edip kendince inandığı gerçek yorumları yapamıyorsa, silahların eşitliği ilkesinin gereğinin yapıldığından söz edilemez.

e. Kanıtların Sunulması ya da Sağlanması Fırsatının Verilmesi

Genel olarak bir davanın taraflarının duruşmalarda karşı tarafın delillerini öğrenme hakkı gibi, özgürce kanıt sunma hakları vardır. Dava taraflarından birine/bir kısmına bu hakkı tanıyıp diğer tarafa tanımamak mümkün değildir. Zira duruşmada sunulan kanıtların karşı tezinin geliştirilmesine fırsat verilmemesi bizzat duruşma ve yargılama kavramıyla çelişir. Bu nedenle, yargılamanın tüm aşamalarında taraflara tanınması gereken bu hakkın, Yargıtay duruşmasında katılan tarafa tanınmaması düşünülemez. Yargıtay duruşmasında diyebileceklerini diyemediği için sanığın daha az bir

³³ AİHM'nin Fransa'ya karşı 22.9.1994 tarihli Hentrich kararı; Tezcan, Durmuş, Erdem, M.Ruhan, Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 248-249.

cezayla kurtulmasının sağlanmış olduğu şeklindeki bir kanaatin oluşması yargıyı yaralar.

D. Sonuç ve Değerlendirme

Yargılamanın diğer aşamaları için hak arama özgürlüğünü kullanabilen katılanın, Yargıtay'daki duruşmaların da yargılamanın bütünlüğü içerisinde bir aşama olması göz önünde bulundurularak, bu aşamada aynı özgürlüğü kullanamamasının izahı zordur. Olağan yargılama, hükmün kesinleşmesine kadar devam ettiğine ve Yargıtay'da sanık için duruşmalı incelemenin kimi durumlar için kabul edilmesine göre, katılan tarafın hak arama özgürlüğünün göz önünde bulundurulması suretiyle, gerek mevcut düzenlemenin değiştirilmesi ve gerekse yeni yargılama yasa tasarısında yer alan düzenlemenin ıslahı suretiyle, katılan tarafın hak arama özgürlüğünün önünün açık tutulması gerekir. Bu nedenle, mevcut düzenlemeye oranla hak arama özgürlüğünün kullanımında daha yerinde olan tasarıdaki düzenlemeye, sanık tarafı gibi katılan tarafın da hiçbir kayda tabi tutulmaksızın dahil edilmesi gerekir.

Sistemimizde hukuk mahkemesi kararlarının Yargıtay'da duruşmalı incelenmesinin uygun görüldüğü hallerde, sadece duruşma talebinde bulunan taraf için değil, iki taraf için de duruşmaya katılabilme yetkisi tanınmıştır. Ceza davasının suçtan zarar gören tarafı, yargılama sırasında şahsi haklarını hukuk mahkemesinde açacağı dava ile isteyeceğini belirterek saklı tutmuş olsa,³⁴ hukuk davasıyla ilgili temyizde duruşmalı inceleme isteminde bulunabilecek, buna karşılık şahsi hakkını ceza mahkemesinden istemiş olsa, ceza davasının temyiz duruşmasına katılamayacak. Kaldı ki, ceza davasının devamı sırasında katılan taraf şahsi haklarını saklı tutmuş olsa da, maddi gerçekliğin tespiti katılan tarafın hukuk mahkemesinde talep edeceği hakların belirlenmesinde de önem arz ettiği için, ceza kararının temyizi üzerine Yargıtay'daki duruşmalı incelemeye katılması gerekmektedir. Çünkü katılan tarafın ceza dairesi kararına karşı karar düzeltme yetkisinin de bulunmaması göz önünde tutulursa, şahsi alacağının temini için de olsa temyiz duruşmasına, silahların eşitliği ilkesi gereği, sanık tarafı ile eşit biçimde katılması gerekir. Ceza davasında Cumhuriyet Savcısı'nın sanığın lehine ve aleyhine olan hususlarda yetkili ve görevli olması katılan tarafın hak arayan olarak duruşmalara katılmasına engel değildir. Eğer iddia makamının tek başına duruşmalara katılması yeterli kabul edilseydi, katılanlık

³⁴Türk Ceza Yasası'nın 38, 424, 467 ve 486. maddeleri ile Ceza Yargılama Yasası'nın 358. maddeleri katılan veya şahsi davacı ceza yargılaması sırasında tazminat isteyebilirler.

kurumuna gerek olmazdı.³⁵ Katılanın duruşmalara katılması, sadece şahsi haklarına kavuşabilmesi açısından değil, aynı zamanda maddi gerçeğe ulaşılabilmesinin sağlanması bakımından da önem kazanmaktadır. Katılanın temyiz mahkemesindeki duruşmalara katılmasının yolları açılmadan, her zaman maddi gerçekliğe ulaşıldığından söz edilemez.

Bizim hukukumuzda istinafin olmaması nedeniyle, Yargıtay, sadece hukuki denetim yapmıyor; aynı zamanda delil sunulmasına ilişkin bölümünü de denetleyip, bu yolla maddi hususlarda da (yeni delil toplama hariç) denetim yaptığından, katılanın Yargıtay'daki duruşmaya katılabilmesinin sağlanması gerekir. Katılanın, yasayla tanınması halinde Yargıtay'daki duruşmaya katılma hakkını kullanıp kullanmaması kendi bileceği bir iş olup, böyle bir hak tanıldıktan sonra duruşmaya katılmaması bir hakkın kullanımından vazgeçmesi sayılacağı için, konunun AİHM'ye götürülmesi halinde ihlal kararı verilemeyecektir. Buna karşılık, katılana Yargıtay'da duruşmalı inceleme isteyebilme veya duruşmaya katılma hakkının verilmesi, AİHS'ye aykırılıktan ihlal kararı verilmesini kuvvetlendirmektedir.

Katılan taraf özetle, hem şahsi haklarına kavuşabilmesini sağlayacak olan olayın maddi boyutunun belirlenmesi, hem maddi gerçeğin olduğu gibi ve sanık yararı da gözetilerek belirlenmesi, hem silahların eşitliği prensibi, hem de yargılamanın tarafı olarak süjesi olması nedenleriyle, yargılamanın tüm aşamalarında duruşmalara katıldığı gibi, Yargıtay aşamasındaki duruşmalara da katılabilmelidir. Mademki hukuki alacak için hukuk mahkemesi kararının temyiz duruşmasına alacaklı olarak katılmak mümkün; öyleyse katılanın aynı alacağın dayanağının oluşturulmasına esas olabilecek bir ceza davasının temyiz duruşmasına da katılabilmesi gerekir. Yani temyiz üzerine Yargıtay'daki duruşmalara sanık tarafı katılabiliyorsa, aynı davanın katılan tarafının da eşit koşullarda duruşma isteyebilmeleri ve katılabilmelerinin sağlanması, aksi takdirde sanıklar bakımından da Yargıtay'daki duruşmalı incelemeden vazgeçilmesi gerekir.

³⁵ Kunter, N., Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, On birinci Bası, Beta Yay., İstanbul 2000, s. 193-194, "Savcının da, katılanın da makamı iddia makamıdır, fakat biri devletin iddia makamıdır, diğeri ferdin iddia makamıdır."