

TÜRK MUHAKEME HUKUKUNDA "ISRAR HAKKI" (*)

Prof. Dr. Nurullah KUNTER

1. § GİRİŞ

1 — Sunuş.

Yargıtay Ceza Genelkurul, 15/3/1976 tarihli bir kararında¹, tutuklama kararına rağmen ele geçirilemeyen sanığa "beraat kararının bozulmasına karşı ne diyeceği" sorulmadan ısrar kararı verilmesini a) 253/son uygulanmasını gerektiren bir hal bulunmadığı, b) muhakemenin durması kararı verilmesi gerektiği, c) bozulan kararın tamamen ortadan kalktığı gerekçeleri ile hukuka aykırı bulmuştu. Biz, "beraat eden sanık elbet uyulmasın diyecektir, uymama kararı da verildiğine göre, neden iş çabucak bitirilmesin ve ilerde ele geçirilip uyulmamasını açıkça istemesi beklensin" diyerek yani bu çözümün abesliğini belirterek ve 226. maddenin kıyas yolu ile uygulanabileceğini söyliyerek bu kararı eleştirmiştik². Aynı Genelkurulun daha sonra yayınlanan³ 25/10/1976 tarihli kararında "beraat kararına ilişkin olsa da sanığın sorguya çekilmesi ve bozmaya karşı diyeceğinin sorulması gerektiği tezi "tekrarlanmakta fakat bu sefer sadece "bozma ile hükmün ortadan kalktığı" gerekçesine dayanılmaktadır. Doğrusu, bu gerekçe üzerinde fazla durmamıştık. Hatta

(*) "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu" nun 50. yılı dolayısı ile Fakültemiz Ceza hukuku ve Kriminoloji Enstitüsünce düzenlenen Sempozyuma sunulan tebliğ (22-25 Ekim 1979).

1) Yargıtay Kararları Dergisi (YKD.), 77/3, 409.

2) KUNTER, (Nurullah) : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. bası, İstanbul, 1978, s. 792, not 236.

3) YKD 78/10, 1701.

yaygın içtihadın tesiri altında kalarak, 4. basıdan itibaren “uymama kararı yeni bir sonkarar gibi yazılmalıdır” demekle⁴, bozma ile sonkararın (hükmün) ortadan kalktığını biz de dolayısı ile kabul etmiş oluyorduk ve bu nedenle, ilk dört basıda yer alan “ısrar kararı temyiz edilmezse yargı halini alır ve dolayısı ile ilk verilmiş ve bozulmuş olan sonkarar da yargı otoritesini kazanır” sözlerini tekrar etmez olmuştuk. Ceza Genelkurulunun sözünü ettiğimiz bu son kararındaki sonucun abesliği gözümüzü açtı. Bu yersiz sonucun kusuru her halde gerekçesinde olmalıydı. Acaba bozma ile sonkarar gerçekten ortadan kalkıyor mu idi? Bu soruya cevap aramak gerekiyordu. Gerçi normal, ortadan kalkmasıydı. Yüksek Mahkeme hukuki konuda son sözü söylemeli, bozma ile (bizim sonkarar demediği tercih ettiğimiz) hüküm ortadan kalkmalı idi. Birazdan göstermeğe çalışacağımız gibi, Fransa dahil dünyanın her yerinde durum böyleydi. Ama biz farklı idik, bizde mahkemelerin ısrar yetkisi adı altında “bozma kararına uymama yetkisi” vardı. Sorunun anahtarı olsa olsa burada olmalıydı. Bu nedenle “ısrar” denilegelen yetkiyi daha yakından incelemek gereğini duyduk.

2 — Terminoloji

Bilindiği üzere, bugün Türk Muhakeme Hukukunun, ilk mahkemesi ve onun üstünde bu yazıda genel olarak Yargıtay diye adlandıracağımız, temyiz kanunyolunda yargılama yapan bir makamı bulunan her dalında, Yargıtayın ilk önce Daire tarafından verilen bozma kararlarına mahkemelerin uymayabilmesi kaide olarak kabul edilmiş olup uymamayı ifade eden karara “ısrar kararı” denilmektedir. Son zamanlarda “direnme kararı” denildiğine de rastlıyoruz. Biz, ısrar veya direnme yerine, uymama denilmesini şu nedenlerle uygun bulmaktayız:

1) Direnme, “ısrar”ın değil, “mukavemet”in karşılığıdır. İsrar ile mukavemet farklı kavramlardır. Mukavemet (yahut direnme), mukavemet gücü demek olan “direnç” gibi, hukuk-dışı kavramdır. Hu-

4) KUNTER, a.g.e., No. 548 (Son 6. basıda bu cümle “Uymamaya karar veren mahkeme uymuyorum demekle yetinemez, bozma ile ortadan kalkmış olan sonkararı yerine yenisini de koyacaktır” biçimini almıştı).

kukta da, polise mukavemet de olduğu gibi, hukuka aykırı eylemleri ifade için kullanılır. Zulme karşı direnmede olduğu gibi, başka hukuki çare kalmayınca, hukuk tarafından caiz görülür, hatta Anayasanın başlangıç kısmında belirtildiği üzere hak sayılır. "Israr" da durum tamamen farklıdır. Mahkemenin, hukuk içinde kalan ve hukuk tarafından düzenlenen ve dolayısı ile hukuka uygun olan tutumu, hukuka aykırı imiş gibi, direnme olarak adlandırılmaz.

2) Israr, direnme olarak türkçeleştirilebilse dahi, bizde bugün, mahkemelerin uyup uymama sorununu olumsuz biçimde çözünce verdiği ısrar kararına "uymama kararı" denilmelidir. Zira, bugüne kadar hep sandığımızın aksine ısrar ile uymama farklı işlemlerdir. Gerçi Türkiye'deki ısrarın Fransadaki sistemden farklı olduğunu, Fransada ısrarın kabul edilmediğini ilk basıdan beri belirtmiş, bir seminer dolayısı ile yaptığımız çalışma⁵ sonunda, 1974 deki 5. basıdan beri, "Fransadaki sistemle karıştırılmasına yol açıyor" diye uymama yerine ısrar denilmesini de doğru bulmamıştık. Fakat doğrusu, yine de uymama ile ısrarın iki farklı işlem olduğunu ve bizde ısrar kelimesine bir zamanlar başka, şimdi başka mana verildiğini tam açıklığı ile görmemiştik. Israrın bizdeki tarihî gelişimini araştırmamız bize şu gerçeği öğretti: "Bugünkü manası ile ısrar"da söz konusu olan Yargıtayın kararına "uyup uymama meselesi" ile, "bizdeki eski manası ile ısrar" da, Fransada olduğu gibi uyduktan ve gereğini yaptıktan sonra yeni bir sonkarar verilirken karşılaşılan "Yargıtayın hukukî görüşü ile bağlı olup olmamak meselesi" birbirlerinden farklıdır. Birincisine "sonkararın bozma ile ortadan kalkmasını kabul edip etmemek" veya kısaca "bozma kararını kabul edip etmemek" demek de mümkündür. Alman sisteminde, Fransız sisteminde olduğu gibi, bozma kararı üzerine mahkeme, muhakemeye kaldığı yerden devam mecbur olduğuna ve bizde böyle bir mecburiyet bulunmadığına göre, buna "yargılamaya devam meselesi" de denilebilir⁶. İkincisine de "Yargıtayın hukukî çözümüne uygun karar verip verme-

5) KUNTER: Temyiz kanun yolunda reform. Ceza Adaleti Reformunun ilkeleri Sempozyumu adlı eserde, İ.Ü. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayını, 1973, s. 79 ve 103.

6) ÜSTÜNDAĞ (Saim), buna "eski usulü yeniden açıp açmamak" demektedir (Temyizin nakzından sonraki hukukî durum, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFM), 1962, s. 148.

mek" veya "Yargıtayın hukukî çözümüne ittiba (veya imtisal) edip etmemek meselesi" diye adlandırılabilir. Türk muhakeme hukukunda önce ikinci mesele olarak ortaya çıkan ısrar, Yargıtay görüşü ile mahkemenin bağlı olmadığı manasına gelmekte idi ve ortada ısrar durumu ve bir dereceye kadar ısrar hakkı vardı. Fakat ısrar kararı diye bir şey yoktu, zira yeni bir sonkarar vardı. Sonraları bu iki mesele arasındaki fark gözden kaçırıldığı için "mahkeme uymazsa ısrar kararı verir" denilerek "ısrar"a "uymama" manası verilmiştir. Bundan sonra artık "ısrar kararı"nın ortaya çıktığını görüyor ve bunun yeni bir sonkarar olarak yazılması gerekip gerekmiyeceği gibi meselelerle karşılaşıyoruz. Görülüyor ki ısrarın bizdeki gelişmesini, ısrar hakkından ısrar kararına geçiş diye özetlemek de mümkün olabilecektir.

3 — İsrarın kanunlarımızda bugünkü durumu

Bizim kısaca "Hukuk Muhakemesi Kanunu" (HMK) demeye uygun bulduğumuz "Hukuk Usul-ü Muhakemeleri Kanunu"nın bugün de yürürlükte olan 429. maddesi şöyledir: "Madde 429 - Mahkemei Temyiz, esbabı kanuniyeden dolayı bir ilamı nakzederse davayı hükmü veren mahkemeye veya münasip göreceği diğer bir mahkemeye gönderir.

O mahkeme iki tarafı celp ve istima ettikten sonra Mahkemei Temyizin nakız kararına ittiba olunup olunmayacağına karar verir.

Mahkeme kararı sabıkta ısrar ederse işbu karar esbabı zaideye istinat etse bile temyizi dava vukuunda Heyeti Uumumiyece Mahkemeyi Temyizin dairei hususiyesi kararının vacibibülittiba olup olmadığı tetkik olunarak vacibülittiba ise hükmü veren mahkemenin kararı nakız, değilse tasdik edilir.

Heyeti Umumiyyeden sadır olan karara ittiba mecburidir."

Yine kısaca "Ceza Muhakemesi Kanunu" (CMK) demeye uygun bulduğumuz "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu"nın bugün yürürlükte olan 326. maddesinin 1. fıkrası aynen şöyledir: "Temyiz Mahkemesinden verilen bozma kararına mahkemelerin ısrar hakkı vardır. İsrar üzerine Temyiz Ceza Umumî Heyetinden verilen kararlara uymak mecburidir."

Bu yolda hükümlere mesela Askerî Mahkemeler Kanununun (AşMK) 227. maddesi ile Vergi Usul Kanununun (VUK) 403. madde-

sinde de rastlamaktayız. Kanunlarımızın bugünkü durumunu anlamak için gerilere bakmamız, "ısrar"ın kanunlarımıza nasıl girdiğini araştırmamız gerekmektedir. Fakat daha önce, bugün de Fransa örneğinden sözedildiği için, oradaki durumu da incelemekte yarar görmekteyiz.

4 — İsrarın Fransa'daki durumu

Yargıtay Dairesinin kararına "uyma" ve uyduktan sonra yapılan muhakemede "aynı gerekçelerle birincinin aynı sonkarar verebilme" konularında Fransada bugünkü Yargıtayın temelini atıldığı 1790 dan buyana hemen hemen değişmeden gelen durumu⁷ şöyle özetleyebiliriz:

Kaide olarak, Yargıtay bozmadan sonra dosyayı "yeniden yargılama yapması için", sonkararı vermiş olandan başka bir mahkemeye gönderir. Yeniden yargılamadan maksat, bozma lie sonkarar ve gerekiyorsa daha önceki işlemlerin bir kısmı veya tamamı ortadan kalktığı için, bozma sınırları içinde de olsa, "davaya kaldığı yerden devam etmek"tir. Bozma sadece hukukî mesele bakımından ise, hukuki nokta yeniden tartışılır. İkinci mahkeme, bozma kararındaki hukuki çözümle bağlı değildir. Bu nedenle, birinci sonkarar yönünde yeni bir sonkarar verebilir Bu sonkarar da temyiz edilebilir. Düzenlemedeki değişiklik, ikinci temyiz davasından sonra kendisini göstermiştir⁸. Bugün, 1837 denberi süregelen ve 1967 tarihli Yargıtay Kanunu ile de desteklenen durum şöyledir: İkinci temyiz davasına kaide olarak yine daire bakar. Ancak aynı sıfatla hareket eden aynı taraflar arasındaki aynı işte verilen ve birincinin aynı olan ikinci sonkarar birincidekinin aynı gerekçelerle temyiz edilmişse, Daire

7) SOLUS (H.) et PERROT (R.) : Droit judiciaire privé, tome 1, Paris, 1961, p. 615; BOUZAT (P.) et PINATEL (J.) : Traité de Droit pénal et de Criminologie, tome II, Paris, 1970, p. 1451.

8) VENTURA (Mişon) : Mahkemei Temyizin Teşkilâtı ile Vezai-fine müteallik ahkâmı kanuniyenin muhtaç olduğu tadilâtı esasiye, Ceridei Adliye, 5 Eylül 1328, No. 67, s. 3237; GLASSON (E.), MOREL (R.) et TISSIER (A.) : Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, Paris, 1929, t. III, 3^e edit. No. 978; GARRAUD (R.) et (P.) : Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, 1928, t. V, No. 1953-1959.

dosyayı Genelkurula gönderir. Genelkurul Daireyi haklı bulursa, ikinci sonkararı bozar. Bozma gerekçesi Daireninkinden farklı ise, dosyanın gönderildiği üçüncü mahkeme, ikinci mahkeme gibi serbesttir. Ancak, bozma gerekçesi Daireninkinin aynı ise, üçüncü mahkeme Genelkurul kararına uygun bir sonkarar vermeğe mecburdur.

Belirtmekte yarar vardır ki Fransada, Genelkurulca incelenecek nitelikteki sonkararı vermekle, mahkemenin Diare kararına karşı mukavemet (résistance) gösterdiğini açıklamak bakımından tek tük söyliylenler çıkmışsa da⁹, bu sonkarara bizdeki ısrar kararı terimine benzer bir adı kanun vermemiştir. İçtihatta ve doktrinde de böyle özel bir ada rastlanmamaktadır. Ortada yeni bir sonkarar vardır. Bunun Genelkurulca incelenip incelenmiyeceği dahi önceden belli olmadığından, dosya normal olarak Daireye gitmekte, Dairece incelenmekte ve Daire istisnaî şartların varlığını görürse Genelkurula göndermektedir.

2. § ESKİ KANUNLARIMIZDA "ISRAR"

5 — Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamelerindeki durum

Memleketimizde temyiz adlı kanunyolunda yargılama yapan ilk makam olan "Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin 8 Zilhicce 1284 (1 Nisan 1868) tarihli Nizamat-ı Esasisinin 3. maddesi¹⁰ ile 13 Zilkade 1286 (14 Şubat 1870) tarihli Nizamname-i Dahilisinin 5., 12., ve 13. maddelerinden¹¹ anlaşıldığına göre, bozmadan sonra tekrar görülmesi için

9) SOLUS et PERROT : a.g.e., s. 700, No. 617.

10) Madde 3 : "Divanı Ahkâmı Adliyeye müracaat olundukta işbu davanın sureti cereyanını tetkik ile sureti mürafaa ve hüküm ve ilâmı kanun ve nizama muvafık olmadığını görürse ol hüküm ve ilâmı beyanı esbab ederek feshi birle tekrar rüyetini ya ilâmı münfesihi vermiş olan meclise veyahut diğer münasip göreceği bir meclise havale edecektir."

11) Madde 5 : "Sureti katiyede verilmiş olan bir ilâm ikinci maddede muharrer esbabı erbeanın birinin veya birkaçının vücuduna mebni Mahkemei Temyizde nakz ile tekrar tetkik edilmek üzere bir mahkemeye havale olundukta mevzuubahs olan davaya dair verilen ikinci ilâmın hükmü ilâmı menkuzun hükmünde istinad olunan ilel ve esbaba bina olunup da tekrar nakzı müd-

davanın gönderildiği mahkeme, bozmaya uyacak ve davayı tekrar görecektir. Bozmanın iki çeşidi vardır. Çok defa maddî veya aslî denilen Muhakeme-dışı hukuk bakımından bozmalarda mahkeme taraflar huzurunda bozulan kararını düzeltecektir. Bu demektir ki mahkeme bozma kararına uymakla işe başlayacak ve sonunda düzeltilmiş, yani bozmadaki esasa uygun bir hale getirilmiş bir sonkarar verecektir. Burada uymak ile bozmaya uygun karar vermek arasında çok az bir zaman farkı olduğundan, uymak ile uygun karar vermek (=ısrar etmek=tashih etmek) arasında fark olduğu kolaylıkla gözden kaçabilmektedir. Çok defa usulî denilen ve Muhakeme Hukuku bakımından söz konusu olan aykırılıklardan dolayı bozmalarda ise, bozmayı gerektiren hatalı işlem ve sonrakiler bozma ile ortadan kaldırılmış olduklarından, bunların yenileri yapılacak ve neticede yeni durumun gerektirdiği yeni bir sonkarar verilecektir. Yeni sonkarar eskisinin aynı olabilecektir. Eğer eskisinin aynı olan bu yeni sonkarar, bozulan karardaki gerekçelere dayandırılmışsa, tekrar temyiz edildiğinde Yargıtayın iki Dairesi (yani Hukuk ve Ceza Diareleri) bir araya gelerek inceleyecekler, gerekiyorsa tekrar bozacaklardır. Eğer bu ikinci bozma da birinci bozmadaki gerekçelere dayanıyorsa, mahkeme yargıtay

dei veya müddeialehy tarafından istida kılınırsa Mahkemei Temyizin iki dairesinin içtimai ile tekrar tetkik ve andelicap nakzolunur. İşbu ikinci nakzın hükmü dahi iptidaki ilâmın nakzında medarı hükmolan esbaba müpteni olursa davanın havale olunduğu (mahkeme) Mahkemei Temyizde verilen karara imtisale mecburdur."

Madde 12 : "Bir ilâmın hükmü mücerret kanuna mugayir olması cihetiyle nazolunup da tashih olunmak üzere bir mahkemeye havale olundukta ol mahkeme asıl maddenin tekrar mürafaasına girişmeyerek yalnız nakzedilen hükmü tarafeyn muvacehesinde tashih eder."

Madde 13 : "Bir ilâm mücerret usulü muhakemece hata vukuundan dolayı nakzolunarak bir mahkemeye havale olundukta ol ilâmı tanzim eden mahkemede mucibi nakzolunan hatanın vukuuna kadar cereyan eden tahkikat ve verilmiş olan kararlar muteber tutulup ve fakat hatanın vukuundan sonra ittihaz edilmiş olan kararlar ilga olunur. Eğer bu hata maslahatın bidayeti rüyetinde zuhur etmişse ol ilâm tamamıyla menkuz olup maslahat müceddeden rüyet ve faslolunur ve herhalde işbu mahkeme tarafından verilen ilâmın defai saniyede Mahkemei Temyizde nakzı caizdir."

kararına "imtisal" edecektir, yani onu örnek alacak, onun hukukî esaslarına uygun bir sonkarar verecektir. Bu demektir ki, Dairenin bu çeşit bozmalarına da uyma mecburidir ve mahkeme "uyayım mı, uymayayım mı" diye bir sorun karşısında bırakılmış değildir. Fakat uymadan sonra yapılan muhakeme sonunda eski gerekçelerle eski sonkararın aynı olan bir sonkarar vermesi de mümkündür. Bu sonkarda Nizamnamelerde özel bir ad verilmiş değildir.

Görülüyor ki 1868 de kurulan Divan-ı Ahkâm-ı Adliyenin bir bölümü olan Mahkeme-i Temyiz için Fransada 1837 den sonra uygulanmaya başlanan sistem örnek alınmış fakat, her halde mahkemeye böyle bir yetki tanımanın yeni kurulan Yargıtayın görevine ters düştüğü veya mahkemelerin böyle bir yetki tanınacak seviyede olmadığı düşünceleri ile, hukuki meseledeki hatadan bozmalarda düzeltme mecburiyeti konarak Fransız sisteminden ayrılmıştır. Ancak bu isabetli adım, yarım atılmıştır. Zira bu değişikliğin mantıkî sonucu, ikinci çeşit bozmalarda yeniden yapılan soruşturmalar sonunda yeni sonkarar verilirken de mahkemenin Yargıtayın hukuki görüşüne aykırı karar vermemesi idi. Nedense bu noktada Fransız sisteminden ayrılmamıştır.

6 — Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunundaki durum

2 Recep 1296 (22 Haziran 1879) tarihli kanunun¹² konuyu, Divan-ı Ahkâm-ı Amliye zamanındaki gibi, Fransız sisteminden kısmen

12) Madde 231 : "Temyizden murat muterizifih olan ilâmın tetkiki ile mutazammın olduğu davanın sureti rüyet ve hükmü kanuna ve usulü muhakemeye muvafık ise tasdik etmek, değilse nakz ile yeniden bir hüküm ve ilâma raptettirmektir."

Madde 244 : Bir ilâm usulü muhakemece hata vukuundan dolayı nakzolunduğu takdirde ol ilâmı tanzim ve ita eden mahkemede mucibi nakzolan hatanın vukuuna kadar cereyan eden tahkikat ve verilmiş olan kararlar muteber tutulup hatanın vukuundan sonra ittihaz edilmiş olan kararlar ilga olunur. Şu halde tarafeyn badel - müvacehe ikmali maslahat olunur ve eğer hata davanın bidayeti rüyetinde zuhur etmişse ol ilâm tamamıyla menkuz olup dava müceddeden rüyet ve hükmolunur."

Madde 245 : "Bir ilâmın hükmü kanuna mugayir bulunması cihetiyle nakzolunursa tashih olunmak üzere ol ilâmı vermiş olan mahkemeye iade olunur. Ol mahkeme asıl müddeanın tekrar mü-

ayrılmış olarak fakat biraz daha tafsilatlı bir biçimde düzenlediğini görmekteyiz:

Bozma yine iki çeşittir: a) Sonkarar hukukî denen meselenin çözümündeki hatadan, kanunun tabiri ile kanuna mugayir bulunmasından dolayı bozulmuşsa, mahkeme asıl davanın duruşmasına girişmeyecek, sadece nakzolunan sonkararları taraflar huzurunda düzeltecektir (m. 245). b) Muhakeme Hukuku bakımından, kanunun tabiri ile usul-ü muhamece hata yüzünden bozmalarda, hata ya baştadır, bu takdirde davaya baştan itibaren yeniden bakılacak ve yeni bir sonkarar verilecektir. Hata ortalarda ise, bu takdirde hatadan sonraki işlemler ortadan kaldırılmış olduğundan, taraflar huzurunda davanın geri kalan kısmı tamamlanacak ve ikinci bir sonkarar verilecektir (m. 244). Mahkeme ikinci sonkararı, bozulan birincideki gerekçelerle de verebilir. Bu takdirde bu sonkarara karşı da temyiz yoluna gidilirse, yargılamayı Genelkurul yapar. Genelkurul da Dairenin gerekçeleri ile bozarsa, mahkeme Genelkurulun kararına uygun bir sonkarar vermeğe mecburdur (m. 249). Her iki çeşit bozmada da işin başında "uymama" diye bir şey yoktur. Mahkeme uymaya ve birinci halde düzeltmeğe ikinci halde de muhakeme yapmağa mecburdur. Sadece Genelkurulun kararına imtisal mecburiyeti vardır. Bu da, o kararı örnek tutmak, ona uygun bir sonkarar vermek demektir.

Kanunda bulunmamakla beraber, ilk defa bu devrede "ısrar" tabirine rastlamaktayız. Gerçekten, Muhakeme Hukuku bakımından bozmadan sonra mecburen uyularak yapılan muhakeme sonunda es-

rafaasına girişmeyerek yalnız nazkolunan hükmü tarafeyn muvacehesinde tashih eder."

Madde 249: "Bir ilâm esbabı nakziyeden birinin veya bir kaçının vücuduna mebni Mahkemei Temyizde nakz ile tekrar tetkik edilmek üzere bir mahkemeye havale olundukta mevzuubahs olan davaya dair verilen ikinci ilâmın hükmü ilâmı menkuzun hükmünde istinad olunan ilâle ve esbaba bina olunup da tekrar nakzı müddei veya müddeialeyh tarafından istida kılınırsa Mahkemei Temyizin heyeti umumiyesinde tekrar tetkik ile indelicap nakzolunur ve işbu ikinci nakzın hükmü dahi iptidaki ilâmın nakzında medarı hükm olan esbaba müpteni olunursa davanın havale olunduğu mahkeme Mahkemei Temyizde verilen karara imtisale mecburdur."

kisinin aynı gerekçelerle eskisinin aynı bir sonkarar verilmesine, bir diğer söyleyişler eski sonkararın tekrar verilmesine uygulamada “hükm-ü sabıkta ısrar” denilmektedir¹³. Bundan anlaşılan şudur ki uymama denilen bugünkü manası ile ısrar başka şeydir, uyduktan sonra verilen sonkararın b.ır çeşidi olarak eski gerekçelerle eski kararın aynen verilmesi demek olan, eski manadaki ısrar başka şeydir.

7 — Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunundaki durum

5 Recep 1296 (25 Haziran 1879) tarihli bu kanun da konumuzu, Fransa’yı örnek aldığı için, hemen hemen, kendisinden üç gün önce çıkarılmış olan Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunundaki gibi düzenlemiştir. Göze çarpan ve yanlış anlamalara yol açtığını sandığımız bir fark, “Genelkurul kararına imtisal” yerine “Genelkurul kararındaki hukukî esasa ittiba” denilmesidir. İttiba kelimesi uyma diye çevrilegeldiğinden baştaki uyma ile sonraki imtisal arasındaki farkın ilerde göreceğimiz gibi gözden kaçırılmasında belki de imtisal yerine ittiba denilmiş olmasının bir rolü olmuştur.

Bu kanuna göre de¹⁴ Dairenin bozmasına karşı uymama diye bir şey yoktur. Mecburen uyulduktan sonra ne yapılacağı yine bozma sebebine göre değişmektedir. Verilmesi gereken cezadan başka bir ceza verilmiş ise, mahkeme eski sonkararını düzltecektir. Başka se-

13) AHMET ZİYA : Usulü Muhakemei Hukukiye Kanunu Şerhi, İstanbul 1322, s. 818.

14) Madde 340 : “İlâm cürmün nevi için kanunen muayyen olan cezanın gayrı bir ceza hükmolunmasından dolayı nakzolunmuş ise cezanın nevi ve derecesi tashih olunur. Eğer başka bir sebebe mebni nakzolunmuş ise mahkeme yeniden icrayı muhakeme eder. Feshi istilzam eden hal ilâmın ahkâmı münderecesinden bazısını ihlâl ediyorsa o halde Mahkemeyi Temyiz ilâmının yalnız muhtel olan kısımlarını nakzedip, bakisine dokunmayacaktır.”

Madde 346 : “Son derecede verilmiş bir ilâm def’ai ulada Mahkemei Temyizde nakzedildikten sonra o dava için tarafeyn evvelki sıfatlarında bulundukları halde def’ai saniyede verilmiş olan ilâm hakkında evvelki esbabdan naşi tekrar temyizi dava olunacak olursa, Mahkemei Temyiz heyeti umumiye akdi ile hükmeder. Eğer ikinci ilâm birinci ilâmın icap ettiği esbaptan naşi yine nakzolunursa, davanın havale olunduğu bidayet veya hut istinafi mahkemesi Mahkemei Temyizin ilâmında ittihaz ettiği esas kanuniyeye ittiba edecektir.”

beplerden bozulmuşsa yeniden muhakeme yapılacaktır. Demek ki düzeltme için yeniden muhakeme yapılmayacaktır¹⁵. Burada "yeniden muhakeme"den maksadın soruşturma işlemleri yapmak olduğu açıktır. Bu manada yeniden muhakeme yapıldığında da şu üç ihtimal vardır: 1) Mahkeme yeni gerekçelerle yeni bir sonkarar verebilir. 2) Mahkeme yeni gerekçelerle sonucu eskisinin aynı olan yeni bir sonkarar verebilir. Doktrinde bu yetkiye "Sebat hakkı" denilmektedir. 3) Mahkeme eski gerekçelere dayanarak eskisinin aynı yeni bir sonkarar verebilir. Bu yetkiye de "ısrar hakkı" denilmektedir. Böylece, bozmadan sonra mahkemece ne yapılacağı konusunda, düzeltmeyi de hesaba katanlara göre "dört hal" söz konusu olmaktadır¹⁶. Yeni sonkararların hepsi, temyiz edildiğinde doğru Daireye gitmektedir. Sebat hakkına dayanılarak verilen sonkararı da Daire incelemekte¹⁷, sadece sonkararın ısrar hakkına dayanılarak verildiği anlaşırsa dosya Daire kararı ile Genelkurula gönderilmektedir¹⁸. Genelkurul Dairenin gerekçeleriyle bozarsa, dayandığı kanuni esasa mahkeme "ittiba" edecektir. Yani hatalı karar Yargıtayın yorumlaması dairesinde düzeltilecek¹⁹, bir diğer söyleyişle mahkeme Yargıtayın hukukî çözümüne uygun bir sonkarar verecektir²⁰. İsrar yetkisi kullanılarak verilen sonkararların bozulmasından sonra verilen sonkarar bakımından söz konusu olan "ittiba etmek mecburiyeti"nin "ısrar hakkından mahrum olma" diye ifade edildiğine de rastlıyoruz²¹. Bu tarif doğru idi. Ancak bundan "ya ısrar ya ittiba" gibi yanlış bir sonuç çıkarıldığını aşağıda göreceğiz (No. 9).

15) MAHMUT NEDİM, Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu Şerhi, İstanbul, 1301, s. 1647.

16) MAHMUT NEDİM : a.g.e., s. 1657; ABDÜLHALİK : Usulü Muhakematı Cezaiye Şerhi, cilt 3, İstanbul, 1324, s. 767.

17) Bazı yazarların cezada işleri çabuklaştırmak için yeni sonkararın sebat hakkına dayanılarak verilmesinde de işin daireye havale edilmesini istemedikleri kaydedilmiş, bu görüş "hukukta ve cezada fark gözetilmemelidir" diye eleştirilmiştir (ABDÜLHALİK, a.g.e., s. 769).

18) MAHMUT NEDİM : a.g.e., s. 1657.

19) YORGAKİ ve TALAT : Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu Muavakkatinin Şerhi, cilt 3, İstanbul, 1302, s. 1564.

20) ABDÜLHALİK : a.g.e., s. 768.

21) ABDÜLHALİK : a.g.e., s. 769.

3. § YENİ KANUNLARIMIZDA "ISRAR"

8 — Medenî Muhakemede ısrar konusunda Fransız sisteminden kopma

1927 tarihli Hukuk Muhakemesi Kanunumuz, esas itibariyle Neuchâtel Kanunu örnek tutularak hazırlanırken, "adlî teşkilâtımızın gözden uzak tutulmadığı" ve "Neuchatel Kanununda bulunmayan veya eksik görülen hususlarda Alman ve Fransız Hukuklarından yararlanıldığı" esbab-ı mucibe lâyihasında belirtilmiştir." Adliye Encümeni Mazbatası"nda da "temyiz faslı teşkilâtı hazıraya ve memleketin ihtiyacatına tevfiğ edilmiştir" denilmektedir. Bunun mantıki sonucu, temyiz faslında, 1870 den beri uygulana gelen yarı-Fransız sisteminin hem Fransız kaynağına daha uydurulması hem de 57 yıllık uygulamanın ön plânda tutulması olacaktı. Ama durum sistemin Fransız kaynağına daha uygun hale getirildiğini söylemeye imkân vermemektedir. Gerçekten ,eski sistemde hukuki çözüm ile mahkemeyi bağlı tutmak ve sonkararı ona göre düzeltmek kabul edilmek suretiyle Fransız sisteminden önemli ölçüde ayrılmış olduğunu yukarda gördük (No. 5, 6 ve 7). Yeni kanun bu farklılığı ortadan kaldırmak istemiş ve 429. madde ile (No. 3) bozma sebebi çeşidi bakımından bir ayırım yapmaksızın mahkemelere ısrar hakkı tanımıştır. Böylece, Fransız Hukukundan bu konuda da yararlanıldığı sistemimizin Fransız sistemine tam uydurulduğu sanılmıştır. Ancak işin iç yüzüne dikkatlice bakıldığında görülmektedir ki Fransız sisteminden tamamen kopulmuş ve ap ayrı bir sistem yaratılmıştır. Gerçekten Fransada uyma mecburî olduğu, ancak yapılan muhakeme sonunda ikinci defa olarak verilen sonkararın eski sebeplerle eskisi gibi olması (bizim tabirimizle ısrar edilebilmesi) mümkün olduğu halde, bizde artık işin başında uyup uymama kararı verilmekte ve uymamaya ısrar denilmekte ve mahkemelere bir çeşit veto hakkı tanınmaktadır. "İşin başında uyma veya ısrar kararı verilmesi" diye özetlenebilecek olan bu sistemden Medenî Muhakemeciler "uyulduktan sonra ısrar edilemez" sonucunu çıkarmışlar, ama bunu da yanlışlığının gördükçe, birer birer istisnalar kabul etmek yolunu tutmuşlardır (İlerde No. 13). Gerçi ilk zamanlarda kanunun Fransız kanununa ve eski kanunumuza uygun olduğunu söyleyip ona uygn yormlayanlar da görülmüştür. Meselâ Prof. Belgesay "...iş kendisine gönderilen mahkeme... bozmayı yan-

lış bularak veya doğru olmakla beraber yeni delillerin verdiği kanaat icabı ilk kararın doğruluğunda ısrar ederse bu karar Temyiz Mahkemesi Umumî Heyetinde temyizen tetkik olunur" demekle²², ısrarın uymadan sonra verilen bir karar olduğunu dolayısı ile belirtmiş ve böylece Fransız sistemine uygun fakat Türk kanununun açık metnine ters düşen bir yorum yapmıştı.

Fransız sisteminden acaba neden kopulmuştu? Bunun bilerek ve isteyerek olduğunu sanmıyoruz. Öyle olsa bir açıklama yapılırdı. Bunun sebebi, Fransız istemine uydurmak olamayacağına göre, olsa olsa, uyulmaya çalışılan eski uygulama olmalı idi (No. 9).

9 — Eski sistem zamanında yanlış uygulama

Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunundan Hukuk Usul-ü Muhakemeleri Kanununa geçerken, Fransız sisteminden kopup dünyada eşi bulunmayan bir sistem kabul edilmesinin sebebinin bizdeki eski uygulama olabileceğini düşünerek bir araştırma yaptık ve eski kararları inceledik. Tahminde yanılmamıştık. Kanunlarda adı konmamış olan fakat uygulamada ısrar diye adlandırılmış olan yetki dolayısı ile kanuna ters düşen bir uygulamaya rastladık. Mahkeme-i Temyiz İstida Dairesi, bir ceza davası dolayısı ile verdiği 5 temmuz 1328 (18. 7.1912) tarihli kararında "meshhim-i istinafiyenin ilamatı temyiziyeye karşı hükmü sabıkında ısrar etmek veyahut esbabı nakziyeyi kabul ile o dairede işi neticelendirmek suretinden başka bir muamele itti-hazına selâhiyetli olmadığı bedihî olduğu halde" diyerek bir başka çeşit sonkarar verilmesini kanuna aykırı bulmuştur²³. "Ya ısrar ya kabul" yahut "ya ısrar ya ittiba" diye formüllendirilebilecek olan bu görüş bizce kanuna aykırı idi. Zira, sadece iki ihtimal değil, yukarda göstermeğe çalıştığımız gibi (No. 7), düzeltmeyi saymazsak üç, sayarsak dört hale göre verilen yeni sonkararlar vardı. Bunu, "ya ısrar ya kabul" diye ikiye indirmek elbet yanlıştı. Diğer taraftan bu formül, başka bir bakımdan da yanlıştı veya yanlış değilse bile çok sakıncalı idi. Gerçekten, hem kanunumuzun hem Fransız kanununun sistemine ters düşecek şekilde anlaşılabilirdi. Çünkü yine gördüğü-

22) BELGESAY (Mustafa Reşit) : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. bası, c. 2, kısım III, İstanbul 1940, s. 372.

23) Ceridei Adliye, 20 Temmuz 1328, No. 64, s. 3087.

müz gibi (No. 4-6) bu sistemlerde uyup uymama meselesi ile ısrar edip etmeme meselesi birbirlerinden ayrılmışlardı. Kanunlar birinci mesele üzerinde durmamışlardı. İşin başında uyup uymama konusunda bir karar verilmeyecekti, zira uyma mecburî idi. Kanunun düzenlediği ikinci mesele ise, yeni sonkarar verilirken, üstelik her bozmada değil, belli nedenlerle bozmalarda ortaya çıkıyordu. Bu kararda “ya ısrar ya kabul” yahut “ya kabuletme ya etmemek” denilmesine bakılarak, karar bu kadar ileri gitmeği istememiş olsa dahi, iki meselenin birbirine karıştırılması tehlikesi vardı ve kanunda düzenlenen bu meselenin “kabul edip etmemek” meselesi olduğu söylenebilirdi. Kanunda “imtisal” yerine “ittiba” da denildiği için, “ısrar etmemek”, pek âlâ, “ittiba etmek” sayılabilir, “ittiba edip etmemek meselesi” ise, ittibanın türkçesi uyma olduğuna göre, “uyup uymamak” meselesine dönüşürdü. Bundan sonra bir adım daha atıp, bu mesele ile işin başında karşılaşabileceği sanılabilirdi. “Yargıtayın hukukî görüşünü kabul edip etmemek” de kolaylıkla “Yargıtayın kararını kabul edip etmemek” diye anlaşılabilirdi.

10 — Ceza Muhakemesinde ısrar konusunda Alman sisteminden ayrılma

1929 yılında kabul edilen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (kısaca, Ceza Muhakemesi Kanunu: CMK) tasarısında, mehzaz Alman kanununa uygun olarak “Yeni baştan rüyet ve hükme raptolunmak üzere davanın sevk edildiği mahkeme, hükmün nakzını istilzam etmiş olan hukukî tarzı halli kararına esas ittihaz eder” denilmişti (m. 334). Ankarada yapılan değişiklik üzerine, kanun meclisten çıktığında 326. maddenin ilk fıkrasının şu şekilde kaleme alındığını görüyoruz: “Yeniden görülmek ve hükmedilmek üzere davanın gönderildiği mahkeme, Temyizin bozma kararına uyar. Ancak duruşmasız tetkikler neticesinde verilen bozma kararına mahkemelerin ısrar hakkı vardır”. Gerekçe olmadığından bu değişikliğin sebebini bilmiyoruz. Adliye ve Dahiliye Encümenlerinin mazbatalarında da bir açıklama yoktur. Bu madde ile, hiç olmazsa, duruşmalı tetkikler sonunda verilen bozma kararındaki hukuki esasa uygun karar vermek mecburiyetinin kabul edildiğini görüyoruz. Böylece Alman sistemi kısmen de olsa benimsenmişti. Bu da elbet Medenî Muhakeme sistemi bakımından bir ilerleme idi. Neyleyelim ki bu ilerleme, 1936 yılında başka maddelerin

değiştirilmesi için hazırlanan tasarı Mecliste görüşülürken Adliye Encümeninde baltalandı. Duruşmasız işlerde tanınmış olan ısrar hakkı istisnası, kaide haline getirildi ve duruşmalı işlerde de tanınarak uyma mecburiyeti maddeden çıkarıldı. Çünkü onlar da "ya ısrar ya uyma" sloganına göre şartlandırılmışlardı. 326. madde, bugün de yürürlükte olan şeklini işte bu 1936 değişikliğinde almıştır. Gerçi Medenî Muhakeme Kanununda olduğu gibi "önce ittiba meselesi çözülür" yollu bir kayıt mevcut değildi, sadece "mahkemelerin ısrar hakkı vardır" deniliyordu ama, elbetteki burada da uygulama "ya ısrar ya uymama" formülüne göre olacaktı ve "ısrar edip etmeme meselesi", "uyup uymama meselesi" sayılacak ve işin başında çözülecekti, uymama, bir çeşit "kabul etmeme" ve hatta "veto" niteliğini kazana-caktı. Nitekim de öyle oldu. Böylece ceza muhakemesinde de yerli malı sistem uygulanmaya başlandı. Artık Türk Muhakeme Hukukunda "Ne Fransız sistemi, ne Alman sistemi" sloganını atabilirdik.

11 — Fransız sistemine uygun kanunları yanlış anlayışımızın muhtemel nedenleri

Fransız sistemine kısmen yani muhakeme hukuku hataları yüzünden bozmalarda uygun olan eski kanunlar bizde acaba neden yanlış anlaşılmıştır? Bu hususta hiç bir açıklamaya rastlamadık Biz iki aşamalı olan bu yanlışlığın nedenlerini şöyle tahmin etmekteyiz:

A — Mahkemenin verdiği sonkararlar bakımından "ya ısrar ya ittiba" biçiminde formüle edilebileceğini gördüğümüz (No. 9) ilk yanlışlık, olsa olsa, şöyle bir düşünceye dayanmaktadır: "Mahkemenin ısrar etmesi demek, ittiba etmemesi demektir. O halde ittiba etmesi de ısrar etmemesi demektir. Şu halde, mahkeme ya ısrar ya ittiba edecek".

Mantıkî bir görünüşte olan bu düşüncenin hatası şurada: Doğru olan bir önermenin tersi her zaman, daha doğrusu ikiden fazla ihtimal varsa, doğru değildir. "Müslüman hristiyan değildir" önermesi doğrudur. Fakat bundan "müslüman olmıyan hristiyandır" sonucu kıyas yolu ile çıkarılamaz, zira hristiyan olmaktan başka ihtimaller de vardır Bunun gibi, mahkemenin eski sonkararında ısrarından başka davranışı da mümkün olduğuna göre (No. 9), böyle yanıltıcı bir kıyasa başvurulmamalı idi.

B — İkinci aşamada, Medenî Muhakeme Kanununun 429. maddesinin kaleme alınmasında olduğu gibi, “ya ısrar ya ittiba” formülünün, ikinci defa verilen sonkarar bakımından değil, işin başında ele alındığını görüyoruz. Artık mahkeme ilk iş olarak, bozmanın muhakeme hukuku hatası yüzünden olup olmadığına bakmaksızın, uyup uymama meselesini çözecektir ve uymamaya karar verirse, buna ısrar kararı denecektir. Böylece “ısrar hakkı”ndan, Fransada ve hatta eski kanunlarda olmıyan “ısrar kararı”na geçilmiş olmaktadır. Yukardan beri belirttiğimiz iki ayrı meseleden ikincisinin birincisi yerine geçmesi demek olan bu yanlışlığın sebepleri, tahminimize göre şunlardır:

1) Mahkemenin bozmayı yanlış bularak ısrar kararı verebilmesi için yeni bir soruşturma işlemi yapmaması mümkündür Bu demektir ki uyma ve ısrar kararları her zaman ayrı zamanlarda verilmeyebilir. Muhakemenin morfolojik prensiplerinden olan “uygunluk prensipi”²⁴ gereğince, bazı muhakemelerde ihtiyaç duyulmayan bölümler atlanabilir. Netekim bugün de bir ceza davasında ihtiyaç duyulmayan ilksoruşturma devresi atlanıp hazırlık soruşturmasından doğrudan son soruşturmaya geçilebilmektedir. Bunun gibi, bozmaya uyduktan sonra taraflar dinlenir dinlenmez o davada soruşturmaya ihtiyaç duyulmadığı için hemen yeni sonkarar verilebilir ve gerekiyorsa bu sonkarar eskisinin aynı gerekçelerle eskisinin aynı sonuca varabilir. Bu durumlarda uyma ve ısrar hemen hemen aynı zamanda olmaktadır. Hele kanuna göre mecburî ve dolayısı ile otomatik olduğundan uyma bakımından ayrı bir karar vermek de gerekmediğinden, sadece dış görüşe bakılmış ve iki mesele değil, tek mesele görülmüş, uyup uymama meselesinin de işin başında çözüldüğü sanılmış olabilir.

2) Yargıtayın en yüksek mahkeme olmasının mantıkî sonucu, onun kararlarına (Dairelerin de Yargıtay adına karar verdiği gözden kaçırılmamalıdır) alt mahkemelerin hem uymaları hem de sonunda verdikleri yeni sonkararlarında Yargıtayın görüşü ile bağlı olmalarıdır. Fransızlar birincisini kabul etmişler, fakat tarihî sebeplerle ikinci bakımdan, yani verilen ikinci sonkarar bakımından bir istisna tanımışlar ve mahkemeye gerektiğinde, ısrar kararı değil, fakat Yargıtayın görüşüne aykırı bir sonkarar verebilmeyi de içine alacak kadar

24) Tafsîlât için bkz. KUNTER : a.g.e., s. 537, No. 407.

geniş bir yetki vermişlerdir. Fransız istisnası, bir bakıma yukarda belirttiğimiz mantıkî sonuca ve dolayısı ile mantığa ters sayılmış olabilir. Biz belki de uyduktan sonra ısrar etmeyi mantığa aykırı bulup mantığa uygun bir hale getirmek istedik ve "uyduktan sonra ısrar olur mu? edecekse işin başında etsin" diyerek başta uymama kararı verdirmek ve bu kararı da ısrar kararı die adlandırmak yolunu tuttuk. Ama bunun normal yolu, birinci meseledeki uyma mecburiyeti gibi, ikinci meselede de hukukî çözüme uygun sonkarar vermek mecburiyetini kabul etmektir. Netekim Fransız sistemini kabul eden bir iki ülke dışında dünyanın tuttuğu yol budur. Biz ise her bakımdan sakıncalı olduğu için kimsenin aklına gelmeyen bir yol icat ettik. Dolmuş sistemini icat ettiğimiz gibi.

3) Biz, belki de görünüşe aldanmadık ve bile bile işin pratik tarafını düşünerek bu yolu seçtik. "Madem mahkemenin ısrar hakkı var, o halde bu hakka dayanarak vereceği karar da ısrar kararıdır. İsrar kararı vermek ise, neticede uymamak demektir. O halde neticeye neden en kestirme yoldan gidilmesin, yani ısrar kararı neden önceden, uyup uymama meselesi ile karşılaşıldığında verilmesin?" dedik ve Fransada ısrar hakkı olduğu halde ısrar kararı bulunmadığına dahi dikkat etmeden, iki mesele yerine bir mesele koyarak işi basitleştirmek istedik. Karmaşık işleri basitleştiren ve dolayısı ile kavramayı kolaylaştıran bütün formüllerde olduğu gibi, bu görüş elbet büyük çoğunluğa sempatik gelecek ve çabucak yaygınlaşacaktı. Bu yaygın uygulamanın karmaşık meseleleri çözebilecek kafaları da tesir altında bırakması işten değildi. Ancak işleri basitleştirmenin, gelişmeyi rafa kaldırmak ve geriye gitmek olduğu, bir çok bakımlardan fedakârlık bahasına gerçekleştirildiği unutulmamalıdır. Netekim, eğer gerçekten basitleştirmek amacı ile hareket edilmemişse, çok büyük bir bedel ödenmiştir. Zira daha eski kanun zamanında sebat hakkı ile ısrar hakkı arasında ayırım yapacak seviyeye çıkmış olan muhakeme hukukumuzun "ya ısrar ya uyma" seviyesine indirilmesini bir kenara bıraksak bile, işin başında uymama yetkisi vermekle mahkemeye Yargıtay kararını ve dolayısı ile bozulan sonkararın ortadan kalkmasını kabul etmeyi veto etmek yetkisi vermişizdir (No. 10).

4) Bir ihtimal de, 1879 da kabul olunan Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanununda genelkurul kararından sözedilirken, daha önce kullanılmış olan "imtisal" sözcüğü yerine "ittiba" denilmiş olmasının

akılları karıştırmasıdır. Gerçekten örnek tutma manasına gelen imtisal kelimesi yeni bir sonkarar verildiğini daha açıkça anlatıyordu. İttiba kelimesi ise sonkararı hatırlatmadığından, ısrar kararı gibi apayrı bir karar söz konusu olabileceği intibaini yaratmağa çok elverişlidir.

4. § SONUÇLAR

12 — Kanunlarımız iki çeşit ısrar tanımıştır

Vardığımız ilk sonuç şudur: Kanunlarımız iki çeşit ısrar tanımışlardır. Gerçekten ısrar terimine verdiğimiz mana değişmiş ve böylece iki farklı ısrar tipi meydana gelmiştir.

1) 1927 ye kadarki kanunlarımızdaki ısrar çeşidine “yarı-Fransız tipi ısrar” diyebiliriz. Sadece “usulî” denilen muhakeme hukuku hatalarından bozmalarda ısrar kabul eden bu sistemin temeli “bozma üzerine dosya kendisine gelen mahkemenin yeniden yaptığı yargılama sonunda verdiği ‘sonkarar’ın eski sonkarar gibi olabilmesi”dir. Bir diğer söyleyişle mahkeme eskisinin aynı hukuki görüşlere dayanarak eskisinin aynı sonuçlara varabilir. Bu yeni “sonkarar”, yine bu hukuki görüşlerin hatalı olduğu yolundaki gerekçelerle temyiz edilirse, bu temyiz yargılamasını, daire değil, genelkurul yapar. Temel bu olunca, bunun üzerine kurulan ısrar binasının mantık kurallarına göre şöyle inşa edilmesi gerekir:

a) Mahkeme yeni bir sonkarar vermeğe mecbur olduğuna göre, eski yargılamaya kaldığı yerden devam etmeğe mecburdur. Yani işin başında, bizdeki kabul etmiyorum manası ile, uymuyorum diyemez.

b) Mahkeme işin başında uymuyorum diyemediğine göre, bozulan sonkarar bozma kararı ile derhal ortadan kalkmıştır. Yani, Yargıtayın kararı kesindir, sonuçlarını derhal doğurur.

c) Mahkeme yeni bir sonkarar vermeğe mecbur olduğuna göre, bu sonkarara “ısrar kararı” denilemez. Bu yeni sonkararın ısrarla ilişkisi, yeni sonkararın da gerekçe ve sonuç bakımlarından eskisi gibi oluşundan ileri gitmeyecek, verilen kararın adına ve yazılışına tesir etmiyecektir. Mahkemenin eski sonkararı ortadan kalktığına göre san-

ki ilk defa bir sonkarar veriliyor gibidir. Mahkeme adeta eski kararını tekrar etmektedir. Onun için, Fransız tipi ısrara tekrarlama da denilebilir.

2) 1927 den sonraki kanunlarımızda rastladığımız ve "Türk tipi" diyebileceğimiz ısrarın temeli de, "bozmadan sonra dosya kendisine gelen mahkemenin, daha işin başında, tarafları sadece uyup uymama konusunda dinleyerek ısrar kararı verebilmesi"dir. Bu temelin üzerine kurulacak binanın inşası da mantık kurallarına göre şöyle olmak gerekir:

a) Mahkeme sadece bozmaya uyup uymama bakımından tarafları dinlediğine göre vereceği ısrar kararı, uymama kararı olmaktan ileri gidemiyecektir. Bir diğer söyleyişle yeni bir sonkarar değil, sadece ara kararı niteliğinde bir ısrar kararı verecektir.

b) Mahkemenin uymama (ısrar) kararı vermesi halinde, bozulan sonkarar adeta bozulmamış olmaktadır. Sanki Yargıtay bozma kararı vermemiştir. Bu demektir ki uymama (ısrar) kararı dairenin bozma kararını hükümsüz bırakmakta, ortadan kaldırmaktadır. Bu yine demektir ki dairenin bozma kararının hukukî değeri, mahkemenin uyması şartına bağlı tutulmuştur, yani kesin değildir.

c) Sonkararın bozulmasını öngören daire kararı, ancak mahkeme uyma kararı verirse kesinleşecek ve bozulan sonkarar uyma anında ortadan kalkacaktır.

ç) Uymama (ısrar) kararı temyiz edilmezse, kesinleşecek ve dairenin bozma kararı kesin olarak ortadan kalkacaktır. Böylece sonkarar temyiz edilmemiş gibi olacak o da kesinleşecektir.

d) Uymama (ısrar) kararı ile bozulmamış durumuna geçen sonkararın yine bozulması istenirse, dairenin bozma kararını hükümsüz bırakan uymama (ısrar) kararının temyiz edilmesi gerekir. Temyiz yargılaması sonunda mahkeme haklı bulunursa sonkarar kesinleşecek, aksi takdirde sonkarar bu sefer genelkurulca bozulacaktır.

13 — İsrarın bir çeşitten diğerine geçtiğinin farkına varılmamıştır

İtiraf etmek gerekir ki ısrarın eski ve yeni kanunlarımızda farklı olduğu, hatta Fransadakine uymadığı Hukukumuzda açıkça belirlen-

miş değildir. Çünkü bugüne kadar hepimiz bir çeşit ısrar var sanıyorduk. Bunu nedenlerini üç biçimde açıklayabileceğimizi sanıyoruz:

1) Eski alışkanlık. Gerçekten fizik dersinde atalet (intertie) kuvveti diye öğrendiğimiz ve hareket halinde olanların durdurulması, duranların harekete geçirilmesi için yenmemiz gereken kuvvetin bir çeşidi, eski uygulamanın durdurulmasını ve yenilerinin başlamasını güçlendirmektedir.

2) Eski sistem ısrarın yeni kanunda genelkurul kararı bakımından kabul edilmiş olması. Gerçekten daire kararına ısrar ile bu ısrar üzerine genelkurulun verdiği karara karşı ısrarın farklı düzenlenmiş olacağı kimin aklına gelebilirdi?

3) Mukayeseli Hukuk araştırmalarının yapılmamış olması. Gerçekten temyiz kanunyolu düzenlememiz ana hatları ile yerli malı olduğundan, yabancı hukuklarla bu konuda karşılaştırma hemen hemen yapılmamıştır.

Bizim ilk basıdan beri bizdeki ısrarın Fransadakinden farklı olduğunu, 1974 deki beşinci basıdan beri bizdeki ısrara uymama demek gerektiğini söylememiz dahi dünkü ve bugünkü ısrarlar arasındaki ayrılığı değil, sadece bugünkü ısrar ile Fransız tipi ısrar arasındaki ayrılığı gördüğümüzü gösteriyordu (No. 2).

Türk Hukuku eski ve yeni ısrar tipleri ile Fransız tipi ısrar arasındaki farkları görmediği içindir ki bunlar arasında bocalamış durmuştur. Bir iki örnek verelim:

1) İsrar (uymama) kararının, uyma kararı gibi "ara karar" sayılması²⁵, temyiz edilirse ısrar kararının temyiz edildiğinin söylenmesi²⁶ yeni sisteme uygundur. Buna karşılık, ısrar (uymama) kararının bir sonkarar sayılması²⁷ ve öyle yazılması²⁸, eski kanun hala yürürlükte imiş gibi yapılan, eski tipe uygun bir yorumdur. Zira yeni sisteme

25) ÜSTÜNDAĞ (Saim) : Medenî Yargılama Hukuku, C. II, 3. bası, İstanbul, 1977, s. 80; meselâ HG : 20/3/63 ABD. 1964, s. 47.

26) TANER (Tahir) : Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. bası, İstanbul, 1955, s. 393; KURU (Baki) : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 3. bası, Ankara, 1974, s. 741.

27) KURU : a.g.e., s. 741.

28) Meselâ : CG : 25/10/76, YKD. 78/10, 1071.

göre "şu ve şu sebeplerle ısrar ediyorum" diyen bir ısrar kararı verilecektir. İsrar ile bozma kararı hükümsüz kaldığından, eski sonkarar bozulmamış gibi olduğundan, yeni bir sonkarar gerekmemektedir.

2) İsrar (uymama) kararında daire kararındaki gerekçelerin birer birer çürütülmesinin aranması²⁹, ısrar kararı daire kararını kabul etmemek demek olduğuna göre, başta ısrar arayan ve "ısrar kararı" düzenini getiren Türk sistemine uygundur. Buna karşılık, "kanun böyle bir mecburiyet yüklememiştir" demek³⁰, ısrar kararından değil, yeni sonkarardan söz eden Fransız tipine uygun düşmektedir.

3) Başta uyma kararı veren mahkemenin bu kararından dönüp daha sonra ısrar edememesi³¹ ve yapılan yeni muhakeme sonunda bozmadaki hukuki esaslar gereğince karar vermek mecburiyetinin kabul edilmesi³² yeni tipe uygun, eski sisteme aykırıdır. Yeni tipe uygundur, zira uyma veya uymama kararının ancak başta verilmesi kabul edilmiştir. Eski sisteme aykırıdır, zira eski sistemde uymadan sonra yapılan muhakeme sonunda eski sonkararda ısrar edilebileceği tezi³³ ise, netice itibariyle Fransız sistemine uygun olup şöyle bir düşünce ile yeni sisteme uydurulabilmektedir: Yeni sistem uyma ile bozma kararının kesinleşmesini ve bozulan sonkararın uyma ile birlikte ortadan kalkmasını kabul etmiştir. O halde yeniden bir sonkarar vermek yeni sistemin icabıdır. Fakat yeni sistem, mahkemenin yeni sonkararında bozma ile bağlı olacağını belirtmiş değildir. Tersine, mahkemeyi serbest bırakmıştır. Gerçekten mahkemeye eski sonkararında ısrar etmek, bir diğer söyleyişle onu tekrarlamak yetkisi verildiğine göre, başta ısrar edebilen neden sonda edemesin? Bunun haklı bir sebebi bizce yoktur³⁴.

29) Meselâ : HG : 17/6/64 Adalet Dergisi 64, 1096.

30) POSTACIOĞLU (İlhan) : Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. bası, İstanbul, 1975, s. 750.

31) Meselâ CG : 30/3/70 (Alicanoğlu : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tatbikatı, 2. bası, İstanbul, 1971 adlı eserde, s. 64).

32) İçBK : 9/5/1960, D. IV, c. I, s. 23.

33) KUNTER : a.g.e., s. 797, No. 549; POSTACIOĞLU, a.g.e., s. 754.

34) Uymadan sonra verilen sonkararda Yargıtay görüşü ile bağlılığı savunmak için başvurulanan "uyma ile hak kazanma" da denilebilecek olan "usul yönünden kazanılmış hak" kavramının, özellikle ceza muhakemesindeki isabetsizliği (KUNTER : a.g.e.,

İlâve edelim ki, uyma kararı vermiş olan mahkemenin bozmadaki hukuki esaslar dairesinde karar vermeğe mecbur tutulması tezi, aslında Fransız sistemine de aykırı olup Alman sistemine uygundur. Bu tezi, hangi tipte olursa olsun, ısrar sisteminin kabul edilmemesi yolunda atılmış bir adım saymak mümkündür.

4) Başta uymama (ısrar) kararı veren mahkemenin bu karardan dönüp bozmadaki hukuki esaslara uygun bir sonkarar verebilmesi³⁵, netice itibariyle eski sisteme uygunsa da yeni sisteme uygun değildir. Zira baştaki uymama (ısrar) kararı ile yeni sistemde bozma kararı hükümsüz hale geldiğinden, ortadan bozulmamış bir sonkarar vardır, yani yeni bir sonkarar vermek için sebep yoktur. Mahkeme uygun sonkarar verebilip veremeyeceğini bilmek için yeni soruşturma işlemlerine ihtiyaç duyuyorsa, önceden uyma kararı vermemeli idi. Vermesine rağmen yanıldığını anlamışsa, onu gerialabilmesi ve sonunda en isabetli sonkarar ne ise onu verebilmesi tezi elbet savunulabilir. Ancak bu takdirde baştaki ısrarın yani uymamanın hiç bir hükmü kalmamış, uyup uymamaya başta karar verilmesi sisteminin temeli inkâr edilmiş olur. Bunu içindir ki, baştaki ısrar kararından dönülemediğine yeni sisteme uygun olarak fakat başka gerekçelerle karar verildiği de olmuştur³⁶.

14 — Ya kanunu sistemine uygun biçimde yorumlamalıyız, ya da sistemi değiştirmeliyiz

Araştırmadan çıkardığımız bir sonuç da şudur: Kanunu ya sistemine uygun biçimde yorumlamalıyız, yahut sistemi değiştirmeliyiz.

No. 549.a) üzerinde durmanın yeri elbet bu tebliğ değildir. Sadece, acaip icadımız olan "işin başında ısrar" sistemine uygun olmayan fakat uygun sandığımız bir sonucu bağlamağı haklı göstermek zoru ile bir acaip icat daha yaptığımızı ve sonra gerektikçe istisnalar kabulüne mecbur olduğumuzu (KURU : a.g.e., s. 738, 11 istisna saymaktadır), böyle bir kavramın ısrara başta da sonda la müsaade etmeyen sistemde elbet yeri olmayacağını, sonda ısrarı kabul edip başta ısrarı kabul etmeyen Fransa'da ise mahkemelerin bozmadaki esasla "kazanılmış hak var" diye bağlı tutulmadıklarını hatırlatmakla yetineceğiz.

35) Buna uygulamada "fiili ittiba" (eylemli uyma) denilegelmektedir.

36) CG : 1/2/65 (Çağlayan : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, c. 3, s. 230).

Bunun başka yolu yoktur ve olamaz. Gerçi araştırmamız bize, temelde farklı olan eski ve yeni ısrar sistemlerini birleştirerek bir üçüncü sistem kurmak sanki mümkünmüş gibi, birinin sonuçlarını ötekine aktaracak yorumlar yapıldığını, kararlar verildiğini göstermiştir. Ancak nasıl trafikte yolun ya sağından ya solundan gitme sistemlerinden biri uygulanırsa, öndekini geçmenin birinci sistemle soldan, ikincisinde sağdan olması mantığın zorunlu bir sonucu ise, "ben sağdan gitme sistemini kabul ederim ama sağdan geçmeyi de kural olarak benimserim" denilemezse, bizim de ya yeni sistemimize uygun düşen yorumlamaya yönelmemiz yahut sistemimizi değiştirmemiz mantık bakımından zorunludur. Biz ikinci öneriden yanayız (No. 15-18).

15 — Bugünkü ısrar sistemi kaldırılmalıdır

Bizim icadımız oldğuna inandığımızdan Türk tipi ısrar diye adlandırmakta sakınca görmediğimiz, Türkçeleştirildiğinde uymama denilmesini önerdiğimiz "işin başında ısrar kararı verilebilmesi" diye özetleyebileceğimiz bugünkü sisteme artık bir son vermeliyiz Bunun gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz:

1) Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, bizdeki ısrar sistemi, eski kanunlarımızdaki yarı-Fransız sisteminin yanlış anlaşılmasına yâni çürük bir temele dayanmaktadır.

2) Dünyanın çok büyük bir ihtimalle başka hiçbir ülkesinde böyle bir sistem olmayışı³⁷ dikkati çekmelidir. Herkes akılsız da

37) Dünyadaki bütün Devletlerin muhakeme kanunlarını elbet incelemiş değiliz. Fakat Paris Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün 1934 - 35 yılında yaptığı araştırma sonuçlarını bildiren bir yazıda (Marc ANCEL: Réflexion sur l'étude comparative des Cours Supremes et le recours en cassation. Annales de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, No. III, 1938, p. 285-315). Türkiye hariç Avrupa, Asya, Güney ve Kuzey Amerika'daki pek çok Devletin kanunu karşılaştırılmasına rağmen böyle bir sistemden söz edilmemektedir. Kanunlarda 1935 den sonra da çok büyük bir ihtimalle değişiklik olmamıştır. Zira bu sistem Fransız sisteminin dejenere edilmiş şeklidir. Aşağıda 52 numaralı nota da bakınız.

biz mi akıllıyız? Toplumumuzun durumunda başka toplumlar yok mu? Bu gün yoksa, dün de mi yoktu?

3) Türk doktrininin çoğunlukla “bizdeki ısrar Fransadaki ısrar gibidir” demesi, Fransız tipi ısrar gibi yorumlamak ihtiyacını, yâni Türk tipi ısrarı beğenmemeye dile getirmekte değildir?

4) Yargıtayın en yüksek mahkeme oluşu, kararlarının kesin olmasını ve dolayısı ile bozma kararlarının alt mahkemelerce işin başında kabulünün mecburî kılınmasını gerektirir. Alt mahkeme, adeta “kabul etmiyorum” veya “veto ediyorum” diyerek Yargıtay kararını çürütememelidir. Yargıtay bozma kararlarının ancak mahkeme uyarırsa yâni kabul ederse tam hukukî değerini kazanması demek olan bu sistem, sorgu hakimlerinin bazı kararlarını bir zamanlar asliye hakimi tarafından tasdikinde olduğu gibi³⁸, Devletin en büyük üç görevinden biri olan ve millet adına yapılacak yargılama” (kaza)nın yüceliğine çok ters düşmektedir. Kaldıkı sorgu hakimleri üzerinde vesayet ifade eden bu tasdiki, durumda otomatik kanun yolu niteliği görmek suretiyle izah edebilmek bir dereceye kadar mümkündü. Fakat burada ona da imkân yoktur. Zira, sorgu hakimi kararından farklı olarak mahkemenin uymama (ısrar) kararı, kanun yoluna gidilmediği takdirde kesinleşebilmektedir³⁹. Demek ki uymama kararı, bozma kararının denetlenmesi için değil, sadece onu çürütmek için verilmektedir. Uymama kararından sonra temyiz yoluna gidildiğinde de, denetlenmesi istenen bozma kararı değil, mahkemenin uymama kararıdır⁴⁰. Görülüyor ki hukukî bakımdan son denetimi yapan Yargıtayın

38) KUNTER : a.g.e., s. 354, No. 275.

39) EREM (Faruk : Ceza Usulü Hukuku, 5. bası, Ankara, 1978, s. 614) sistemin kaldırılmasını istemeye kadar gitmemekle beraber “ısrar kararının resen temyize tâbi tutulması daha uygun olurdu” demekle Yargıtay kararının hiçe sayılması sonucunun ve dolayısı ile sistemin sakıncasını sezdiğini göstermektedir sanırız.

40) İsrarın EREM’in 5. bası, s. 613 deki 123. notunda kaydettiği (CG : 22/1/62) kararda olduğu gibi, “kademe esası”na veya TOSUN’un yaptığı gibi (Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c. II, 2. bası, İstanbul, 1976, s. 239) “derece ilkesi”ne aykırı görülüp denetleyen denetlenmesi biçiminde ifade edilmesi bizce yerinde değildir. Zira burada bir denetleme yapılmıyor. Denetleme, uymama kararı temyiz edilirse, Genelkurulca yapılacaktır. Burada yapılan sadece denetleyen kararının çürütülmesidir.

verdiği karar kesin olmalı, sonuçlarını derhal doğurmalı, bozma halinde de bozulan karar derhal kalkmalıdır. Bozulan kararın bizde⁴¹ ancak mahkemenin uyması halinde ortadan kalkması "garabet"i önlenmelidir. Bozmlar, bilindiği gibi, aykırı işlemi ortadan kaldıran iptal kararlarının bir çeşitidir. Ortadan kalkma bu kararların sonucudur. Denetlemek amacıyla bu kararlara karşı bazı hallerde kanun yolu kabul edilmesi, bu niteliğe ters düşmez. Zira kanun yolu süresi geçince bu kararların kesinleşmesi de göstermektedir ki ortadan kaldırma denetlenen bu kararın sonucudur. Kanun yoluna gidildiğinde kesinleşmenin kabul edilmesi ve denetim merciinin bozma kararının üstün tutulması ise, denetim amacı ile kanun yoluna başvurma zorunlu bir sonucudur. Dünyanın her tarafında, bozma gerekmediğinde, daha doğrusu kanun yoluna gitmekle kuvveti sarsılmış olan işleme eski kuvvetini kazandırmak gerektiğinde, istinafda, maddî meseleler bakımından da yargılama yapıldığı için "benimseme" diye türk eleştirilmesini uygun bulduğumuz "teyid" (confirmation) kararı verildiği halde temyiz kanun yolunda, yine bizim münasebetsiz icatlarımızdan biri olan "tasdik" yerine dünyanın her yerinde "temyiz davasının reddi" kararından söz edilmesi de gösteriyor ki, asıl uyuşmazlığı çözen ve millet adına yargılayan alt mahkemelerdir, Yargıtayın işi sadece hukukî bakımdan denetlemedir. Denetim yapan bir mahkemenin kararına karşı, en üst mahkeme olmamak şartı ile, bir diğer olağan kanun yolu elbet düşünülebilir. Fakat mahkemenin uymama kararı, belirttiğimiz gibi, denetim yoluna gitme kararı değildir. Ancak ilgililer temyiz ederlerse bir denetim söz konusu olabilecektir.

5) İş sadece hukukî mesele bakımından denetleme olup temyiz davasını ya reddeden ya da kabul ederek sonkararı bozan bir Yargıtayın bozma kararına uyulmaması dahi Yargıtayın en yüksek mahkeme olmasına ters düşerken, bizde olduğu gibi (CMK 322, HMK 438) işin esasına da hükmedebilme (yani mahkemenin sonkararını teknik adı ile "ıslah"⁴² edebilme) yetkileri ile de donatılmış bir Yargıtayın temyiz davasında verdiği kararlara uyulmamasını mantık kabul etmez.

41) Uymama (başta ısrar) yetkisini tanımayan memleketlerde elbet sonkarar bozma kararı ile ortadan kalkar. Bizde de kalktığını iddia etmek için oralardaki duruma dayanmak (TOSUN: a.g.e., s. 234) elbet doğru değildir.

42) Ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER: a.g.e., No. 294, 544.

6) Türk tipi ısrarın da faydalı yanları elbet var. Genelkurulun görüşünü öğrenmek, hatalı daire kararlarında şayet hata varsa gidermek bakımlarından olan bu faydalar, aslında Fransız tipi ısrarın faydaları olduğundan bu noktayı o bahiste ele alacağız (No. 16).

Böylece, Türk tipi ısrardan neden artık vazgeçmemiz gerektiğini göstermeğe çalışmıştık. Fakat işimiz daha bitmedi. Fransız sistemini seçmenin veya ona kısmen de olsa uygun olan eski sistemimize dönmeyenin de neden kabul edilemeyeceğini açıklamamız gerekmektedir.

16 — Fransız tipi ısrar kabul edilmemelidir

Bizdeki uymama manasına ısrar sisteminin hatalı olduğu anlaşılınca, akla şöyle bir formül gelebilir: O halde tam Fransız sistemini seçelim. Muhakeme kaldığı yerden devam etsin ve mahkeme son kararını verirken, bozma kararındaki hukukî görüşe aykırı olan eski görüşüne tekrar dayanabilsin.

Biz bu formüle şu nedenlerle karşıyız :

1) Fransada Yargıtay 1790 da kurulurken, yukarda da gördüğümüz gibi (No. 4), kuvvetler ayrılığı kavramı çok dar anlaşıldığı için kanunları sadece yasama organının yorumlayabileceği kabul edilmiş, mahkemelere yorum yetkisi tanınmamıştı. Gerektiğinde mahkemeler Yasama organına başvurup yorum istiyebileceklerdi. Yorum istemek için de Yargıtay Dairesinin alt mahkemelerden farklı görüşte olması yetmiyeceği için bir tarafta Dairenin, diğer tarafta önce üç, sonraları iki mahkemenin ortak görüşünün bulunması aranmıştı. Daha sonra yargılama organlarının yorum yapabileceği kabul olundu. İlk önceleri yorumu alt mahkemeler yapıyordu. Sonraları yorumu Yargıtayın yapması kabul olundu ve iki mahkeme ile Daire arasında uyumsuzluk aranmasına devam edildi. Bugünkü sisteme böyle gelindi. Bizim tarihimizde böyle bir sistemi haklı gösterecek bir gelişme olmamıştır. Aksine, bizde Yargıtay ilk kurulduğunda ve hatta 1927 ye kadarki kanunlarımızda, mahkemelerin bazı hallerde Yargıtayın bozma kararını esas tutup hatalı son kararını mecburi olarak düzeltmesi yolu tutulmuştu (No. 5-7).

2) Fransız sistemi, hâkimlerin bağımsızlığının zorunlu bir sonucu değildir. Gerçi hâkimlere tesir edebilecekler arasında yargılama

organları da bulunabilir ve bu nedenle hakimlerin bağımsızlığı yargılama organlarına karşı da korunmalıdır. Ancak, belli bir davanın görülmesinde bölüşülen yargılama görevinin koordinasyonunun haklı kıldığı ölçüde, mahkemeler arasında altlık-üstlük gibi bir hiyerarşinin de kabul edilebileceği açıktır. Yüksek hâkimin, kanunyolu muhakesinin kabul edildiği sınırlar içinde alt mahkemelerin bir kararını bozması ve onu bağlayacak bir karar vermesi, bu nedenle bağımsızlığa aykırı değildir. Netekim Anayasa Mahkememiz de bu yolda karar vermiştir⁴³. Buna karşılık, yüksek hâkimlerin önceden, yani belli bir dava dışında, alt mahkemelere genel nitelikte emir ve talimat vermeleridir ki hakimlerin belli bir davada serbestçe karar verebilmeleri demek olan bağımsızlığa aykırı düşer, zira hâkimin elindeki terazinin bir kefesini ağır bastıracak niteliktedir. Bizde İçtihat Birleştirme Kararlarının 1953 yılından beri mahkemeleri bağlaması, bu nedenle hakimlerin bağımsızlığına ve dolayısı ile Anayasaya aykırıdır⁴⁴.

3) Fransız tipi ısrar da, Türk tipi ısrar gibi, Yargıtayın hukukî mesele bakımından en yüksek mahkeme oluşuna ters düşmektedir (No. 15). Gerçi bu sistemde, "bozma kararını kabul etmemek" diye bir şey yoktur. Fakat sonunda alt mahkemeler üst mahkemenin görüşü ile bağlı tutulmamaktadır. Fransızlar bu sistemi yabancıların şaşırtıcı bulduklarını söylemektedirler⁴⁵. Yabancılar her halde bu tersliği yadırgamaktadırlar. Fransada dahi bu sistemi aşırı bulan ve kaldırmakla zamandan ve paradan tasarruf sağlanacağını söyleyenler vardır⁴⁶. Hele bizdeki gibi, istinafı bulunmayan ve ilk mahkemelerin pek çoğu tek hâkimli olan bir ülkede, ihtisaslaşmış bir kurulun hukukî meseledeki görüşünü mahkemelerin kabul etmelerinin savunulamayacağı açıktır⁴⁷.

4) Bu sistemin faydalı yanı elbet vardır. İşin genelkurula gitmesi daha kollektif bir biçimde karar verilmesini, böylece hem kanunların yorumunun daha çok sayıda hâkim tarafından yapılmasını, hem

43) AnyM : 18/2/1971, RG : 9/7/71.

44) KUNTER : a.g.e., No. 180, 310, s. 252; 398; TOSUN, a.g.e., s. 274.

45) Marc ANCEL : 37 numaralı dip notunda adı geçen makale, s. 299.

46) MOREL (R.) : *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 1932, No. 102, p. 142.

47) BİLGE (Necip) : Yargıtayın iş hacmini daraltma imkânları, AdD. 63, 900.

belli bir davada dairenin kararındaki hatanın giderilmesini sağlamaktadır. Mesele, her müessese bakımından tartışmada olduğu gibi, yararlı olup olmaması değil, yararının zararından çok olup olmamasıdır. Bizde, bu sistemin zararı yararından çoktur. Bu sistemin Ceza Genelkuruluna çok iş yüklediği, kaldırılmasının dairelerin çalışma saatlerini artıracığı ve dairelerin daha isabetli karar vermelerini sağlayacağı hesaba katılmalıdır. Daire kararlarına karşı, başka memleketlerde rastlanmayan karardüzeltilme ve itiraz olağanüstü yollarını da tanıdığımıza göre⁴⁸, ister Türk tipi, ister Fransız tipi olsun, "ısrar" dan vazgeçmeliyiz. Geçemiyorsak, uygulamayı çok sınırlandırmalıyız⁴⁹. İlâve etmeliyiz ki ısrar aleyhindeki görüş, memleketimiz bakımından hiç de yeni değildir. Eski kanun zamanında işlerin çabuklaştırılması için bu mantıksız ve köksüz sistemin kaldırılması istenmişti⁵⁰. 1927 kanununun ilk yirmi yıllık uygulamasından sonra da, Yargıtayın işini hiç olmazsa yarı yarıya azaltmak ve en az üç yılın ikisini kazanmak için ısrar yetkisinin kaldırılması önerilmiştir⁵¹.

5) Fransız sistemi bugün dünyada bildiğimiz kadarı ile⁵² sadece

48) TOSUN (a.g.e., s. 239) karardüzeltilme ve itiraz yollarını bozma kararları bakımından kabul etmediğimize göre böyle bir gerekçe ileri sürmememiz gerektiğini söylemektedir. Bozma kararlarına itirazın kabul edilmemesi için gerekçe olarak "faydasına karşılık sakıncalarının fazla olduğunu söylediğimize ve karardüzeltilme ile itirazdan bahsederken "dairelerin bozma kararı"ndan değil, "daire kararları"ndan sözettiğimize, keza "karardüzeltilme ve itiraz olağanüstü yollarını tanıdığımıza göre" demeyip, "karardüzeltilme ve itiraz olağanüstü yollarını da tanıdığımıza göre" dediğimizde (KUNTER: a.g.e., s. 793) dikkat edilmelidir. Mesele, daire kararlarının denetimi meselesidir. "Diğerleri başka yollarla nasıl olsa denetleniyor, geriye kalan bozma kararları da denetlenmeyeversin" demek istediğimiz açıktır.

49) Daire kararına itirazdan sonra Ceza Genelkurulunun verdiği bozma kararına da mahkemenin ısrar edebileceğinin kabul edilmesi (CG : 23/9/74, YKD. 75/8, 57), yegâne faydası Genelkurulun görüşünü öğrenmek olan ısrar yetkisinin çok yersiz olarak genişletilmesi değil de nedir, (KUNTER : a.g.e., s. 793, No. 548).

50) VENTURA : 8 numaralı dip notundaki makale, s. 3247.

51) BELGESAY (M.R.), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Rasyonel Tefsiri, Gerekli Tadilleri, Bir Proje, İstanbul, 1947, s. 21 319 (Proje m. 525).

52) Paris Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün 37 numaralı dip notun-

Fransada ve Belçikada uygulanmaktadır. Bunun da bir manası olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

17 — Eski yarı - Fransız ısrar sistemine dönülmemelidir.

Son olarak şöyle bir soru da akla gelebilir: Fransız sistemini şartlarımıza uydurarak 1868 de ve sonraki muhakeme kanunlarımızda oluşturduğumuz yarı-Fransız sistemine dönemezmiyiz? Bu sistemde başta uyma mecburiyeti kabul edilmesi ve muhakemeye bozmalara göre kalınan yerden devam edilerek yeni bir sonkarar verilmesi, bizim tercih edip bağlılık sistemi demeyi uygun bulduğumuz Almanya dahil pek çok ülkede uygulanan sisteme uygundur. Keza bu sistemde, mahkemenin yeni sonkararını verirken, bozmayı gerektiren hata muhakeme-dışı hukuk bakımından ise, bir diğer söyleyişle, kanunî ve usulî aykırılık ayırımını yapagelenlerin kanunî diyebilecekleri bir aykırılık söz konusu iseki hukukî derece olan temyiz kanun yolunda asıl önemli olan da odur— Yargıtayın görüşü ile bağlı olması da isabetli bulduğumuz sisteme uygundur. Sadece, "usule aykırılık" denilegelen muhakeme hukuku hataları ile bozmalarda, mecburi uyma gereği bozulan muhakeme işlemlerinin doğru olarak tekrarlanması veya eksiklerin tamamlanması sonunda verilen sonkararda Yargıtayın hukukî görüşü ile bağlı olmamağı anlamamakta ve bunun sisteme ters düştüğünü savunmaktayız. Yeni soruşturma işlemleri sonunda durum değişmiş olabilir. Yargıtay bu yeni durumu öngörerek bir görüş belirtmişse, neden "kanuni" denilen meselede olduğu gibi mahkeme bununla bağlı olmasın? Durum değişmemişse, ısrar sisteme büsbütün ters düşer. Mahkemenin serbest olabileceği bir tek ihtimal kalıyor. O da durumun değişmesi ve Yargıtayın bunu hesaba katmamış ve çözüm

da sözünü ettiğimiz araştırma sonunda, Yargıtay'ın hukukî görüşü ile mahkemeleri bağlı tutmayan Fransız dışındaki Devletler Belçika, İtalya ve Romanya diye sayılmıştı. Belçika bugün de bu sistemi uygulamaktadır. Zaten Belçika büyük ölçüde Fransız Hukuku etkisi altındadır. Buna karşılık İtalya 1930 da Fransız sisteminden ayrılmıştır. Bugün İtalya'da, bozmadan sonra mahkeme Yargıtay'ın hukukî görüşüne uygun karar vermek mecburiyetindedir (CPPI 564/1), Romanya'daki son durumu bilmiyoruz. Otoriter siyasî rejimi dolayısı ile mahkemeye ısrar yetkisi verilmesi pek düşünülemez.

gösterömemiş olması. O zaman da zaten ortada ısrar denilegelen “eski sonkararın tekrarlanması” durumu yoktur.

İlâveye hacet yoktur ki Fransız sistemi ısrarın kabul edilmemesini haklı gösteren bütün gerekçeler (No. 16), yarı-Fransız ısrar sistemi bakımından da değerlidirler.

18 — Toplum “ısrar”a muhtaç olmaktan kurtarılmalıdır

Yukarda (No. 16) “ısrardan vazgeçmeliyiz, geçemiyorsak uygulamayı çok sınırlandırmalıyız” derken, “imkânsızlık varsa, şartlarımız elvermiyorsa” demek istiyor ve “ihtiyaç, onu giderecek bünyeyi yaratır” diye özetliyebileceğimiz morfolojik “gelişme prensibi”ni düşünüyoruz. İhtiyaç giderilecek ve onu giderecek bünye, biz beğenmesek, esaslara aykırı bilsak da yaratılacaktır. Bu prensip, daha doğrusu doğal kanun, bütün canlılar gibi, yaşıyan muhakeme de hükmünü göstermektedir⁵³. Bu prensipten çıkan gerçek acı da olsa şudur ki toplumumuz ısrara ihtiyaç duymuştur ve hâlâ durmaktadır. O halde, faydasından çok zararı olan, esaslara ters düşen ısrardan kurtulmak için yapılacak iş, toplumu ısrara ihtiyaç duymayacak hale girmektir. Toplum neden ısrara ihtiyaç duyuyor? Neden Daire kararlarını Yargıtay kararı gibi saymayıp daha üstüne çıkmak ve ancak Genelkurul kararına Yargıtay kararı niteliği tanımak istiyor? Biz “sebebiyet âlakası” (nedensellik ilişkisi) konusunda “şart nazariyesi”nden yana olduğumuz için⁵⁴, ısrara ihtiyaç duyuşumuzun sebebini, onu oluşturan şartlarla açıklayabileceğimizi ve bunları iki grupta toplayabileceğimizi düşünüyoruz:

Birinci gruptaki şartları, “topluma daire kararını beğendirmeyen, onları doyurucu buldurmayan, daireyi istinaf gibi gösterip gerçek bir Yargıtay aratan şartlar” diye ifade edebiliriz. İkinci gruptakiler ise “yaratılan ihtiyaçla ilgili şartlar”dır. Pazarlamacıların sürümünü artırmak için mevcut olmyan ihtiyaçları reklamlar aracılığı ile yaratmaları da göstermektedir ki ihtiyaçların “yaratılması” da mümkündür. 1868 de ve sonraları Fransayı değil de Almanyayı örnek almış olsaydık, büyük bir ihtimalle bugün ısrar müessesesini tanımayacaktık.

53) Ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER : a.g.e., No. 406, s. 535.

54) KUNTER : Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1954, s. 179.

1929 da, yorum hatası yüzünden, işin sonundaki ısrardan işin başındaki ısrara geçmemiş olsaydık, bugün acaba Türk tipi ısrara ihtiyaç duyacak mıydık? Pek sanmıyoruz. O halde çare, bir diğer morfolojik prensibin, yani "uygunluk prensibi" nin⁵⁵ gösterdiği gibi, toplumun ısrara ihtiyaç duymaz hale getirilmesi, bir diğer söyleyişle, ısrara ihtiyaç duyurtan şartların yok edilmesidir. Bunun bir sihirli çare ile gerçekleşmeyeceği açıktır. O halde, bir çok çareleri öngören bir plânla bu amaca yönelmeliyiz. Ancak "bu çareler neler olmalıdır" sorusuna cevap aramadan önce, şu genel açıklamaları tekrarlamada yarar görüyoruz:

a) Bütün aykırılıkların giderilmesine maddi imkân yoktur. Hiç bir bakımdan hiç bir hata olmasın dersek, kanunyolu mekanizması işlemez ve o zaman çok önemli aykırılıklar da giderilemez olur. Meselâ bizde, temyiz yolunda aykırılığı ileri sürülmemiş noktaların da Yargıtayca araştırılması, Yargıtay'ın işini aksatan sebeplerin başında gelmektedir.

b) Hukukî meseledeki hatalar, maddi meseledeki hatalar kadar önemli değildir. Sadece hukuki denetim için Yargıtay'ın kurulmuş olması, hukuki meselenin daha önemli olmasından dolayı değildir. Birinci ve varsa ikinci derece mahkemeler maddi de denilen sübut meselesini ele aldıklarından hukuki mesele ile uğraşmağa fazla vakit bulamadıkları içindir ki Yargıtay hakimlerinin işlerin sadece hukuki tarafı ile uğraşmaları ve en doğru çözümü bulmaları istenmiştir. Hukuki hatanın sübut konusundaki hata kadar önemli olmadığı şundan da bellidir ki muhakemenin yenilenmesi (iadesi) sebepleri arasında hukuki görüş hatası mevcut değildir. Bizdeki karar düzeltmede hukuki görüş hatasına dayanılması bu nedenle yanlıştır.

c) Hukukî mesele hakkındaki karar da, sübut meselesindeki karar gibi, nisbidir, mutlak değildir. Sübut konusundaki çözümün nisbiliği, delillere dayanılarak varılan kanaatin insandan insana değişmesinin zaruri bir sonucudur. Hukuki meseledeki çözümün nisbiliği ise, çözümün doğru veya hak doğru manasına da geldiğinden haklı olduğunu gösteren kesin bir ölçünün bulunmamasından doğmaktadır. Mütalaa mahiyetinde hüküm verenler zaten bu hükümleri geçici ve nisbi

55) Ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER : Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. bası, 1978, No. 407, s. 537.

olarak verirler. Karar mahiyetinde hüküm vermeğe mecbur olanlar meselâ hakimler ise kararlarını mutlak ve kesin olarak verirler ama yine de onların mutlaka doğru olduklarını iddia edemezler. Zira hangi görüşün doğru olduğu ancak nisbî bir şekilde tayin edilebilmektedir. Birden fazla hakimi olan mahkemelerde oyçokluğu ile karar verilmesi gibi dün azınlık tarafından benimsendiği için doğru sayılmayan bir görüşün bugün çoğunluk sağlarsa doğru sayılması da bunu açıkça göstermektedir⁵⁶.

ç) Kesinlik başka şey, doğruluk yine başka şeydir. “Kesin hüküm” denilegelen ve hakimlerin uyuşmazlıkları yarıp attıkları kılıca benzetebileceğimiz “yargı”, muhakkak doğru karar değildir. Sadece, doğruluğu tartışılmayan karardır. Hâkimlerin “yargı yapma” demek olan “yargılama” faaliyetlerinde bir an gelir ki uyuşmazlığın yargı ile yarıldığını kabul etmek, hata da olsa göz yummak gerekir. Temyiz süresi kaçırılınca temyiz yolu denetlemesi yapılamaması, elbet o kararda hata olmadığı gerekçesine dayanmamaktadır. Verilmiş olan bir karar, yargı niteliğinde olsa veya sonradan bu niteliği kazansa dahi, hiç bir zaman gerekçesi olan hukukî görüşün haklılığı veya haksızlığı konusunda son söz olarak kabul edilemez. Hukukun laboratuvarı olan mahkemeler için evvelce verilmiş olan kararlar her yeni işte yeniden ele alınan ve değerlendirilen bir karar tasarısından başka bir şey değildir⁵⁷.

19 — Israr ihtiyacı duymamanın çareleri araştırılmalıdır

Son olarak şu soruyu da cevaplandırmak gerekmektedir: “Israr ihtiyacını doğuran şartları ortadan kaldırmanın çareleri nelerdir?” Çok geniş olan bu soruyu bütünüyle cevaplandırma iddiasında olmadan, bilimsel tartışmalara konu sunmak üzere, şu çarelerin önerilebileceğini düşünüyoruz:

1) Israrın abesliğini, zararlarını herkese anlatmalı ve kamuoyunu oluşturmaliyiz. Dolmuşun zararlarını on-onbeş yıl önce kaç kişi biliyordu. Bugün toplu taşımacılığa yönelik bir çalışma varsa, bunu, dolmuş sisteminin zararlarının faydasından çok fazla olduğunu öğ-

56) KUNTER: a.g.e., No. 22, 25, s. 29, 32.

57) KUNTER: a.g.e., No. 310, s. 397.

renenlerin sayısının artmasına borçluyuz. Yargıtay dairelerinin hukuki çözümlerinde hata olabiliyor diye ısrara başvurmak, pire için yorgan yakmaktan farksızdır. Zira ısrar yüzünden Yargıtay daireleri Yargıtaylıktan çıkmaktadırlar. Pireden kurtulmanın akıllıca yolları elbette yok değildir. Onları arayıp bulmalı ve bir hatayı düzeltmedense yapılmasını önlemenin daha akıllıca bir tutum olduğunu unutmamalıyız.

2) İstinaf mahkemeleri kurarak, Yargıtay Dairelerini, Yargıtay işini ihmal bahasına istinaf ihtiyacını karşılayan istinaf mahkemesi durumuna düşmekten kurtarmalıyız. Denilebilecektir ki bizde istinaf mahkemeleri varken de ısrar vardı. Doğrudur. Ama, bir kere, o zamanki ısrar, yarı-Fransız tipiydi Diğer taraftan bundan çıkarılacak sonuç olsa olsa, o zamanki istinaf mahkemelerinin de istinaf ihtiyacını tam karşılayamamasıdır. Bunun da sebebi, tahminimize göre, o zamanki ilk mahkemelerin zayıf olması idi. Yeni kuracağımız istinaf mahkemelerinin eskisinden iyi çalışacaklarını umuyoruz. Çünkü ilk mahkemelerimizin görevlerini layıkı ile yapacak seviyeye ulaştıklarına inanıyoruz. Nasıl dolmuş sistemi var oldukça, kitle taşımacılığı ihmal ediliyor ve dolmuşçuluk artıyorsa, yani battıkça batıyorsak ve dolmuşçuluğu kaldırmak için kitle taşımacılığını geliştirmekten başka bir çare yoksa, ısrar sistemini kaldırmak için de istinafı kurmamız ve geliştirmemiz gerekmektedir.

Yine denilebilecektir ki istinaf kurmakla iş biter mi? Elbet bitmez. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın " 42 hatta 44 yıllık hukukçuluk yolunda öğrendiklerine göre" söylediklerini biz de, emekliliğimizin yaklaştığı bugünlerde tekrar edelim: "Her halde sadece istinaf mahkemelerini kurmak, istediğimiz mamur adliyeyi bize vermez" "...adliyedeki huzursuzluğu değil, rahatsızlığı giderme bu kadar basit bir iş olamaz. Böyle olsaydı mahkeme işlerini düzeltmek, tahammül edilir hale sokmak için, medeni alemin ciddi, rasyonel çalışmalarına bu yolda düşünüp kafa yormalarına, bir çok yazılar, kitaplar çıkarmalarına gülmek lazım gelirdi"⁵⁸.

3) Dairelerin daha isabetli karar vermeleri için zamanlarının ve emeklerinin çalınmasını önleyecek tedbirlere başvurmalı ve bu ara-

58) ANSAY (S.Ş.) : Kanunlarımız ve Adalet İşlerimiz. AdD. 1951/7, 1120.

da genelkurulların küçülmesini sağlamalıyız. Bilindiği gibi 1972 tarihinde kabul edilen Yargıtay Kanununun Hükûmet Tasarısının 16. maddesi bu amaçla hazırlanmıştı. Adalet Komisyonu genelkurulun yetiştirici görevi kaybolmasın, üyelerin genelkurulla ilgisi kopmasın diye, bütün üyelerin katılmasını kabul etti, sadece toplantı nisabını daralttı. Bütçe ve Plânlama Komisyonu ise açıklama niteliğinde ufak bir değişiklik yaptı ve tasarı böylece kanunlaştı. Biz, Yargıtay üyelerinin “yetişmek” için genelkurula katılmaları gerektiği düşüncesine katılamıyor, şu veya bu formül ile, genelkurulların küçültülmesi görüşünde ısrar ediyoruz.

4) Bunlar dışında da yapılacak elbet çok şey var. Hatırlatmakla yetinelim ki bunların da başında hâkimliği en fazla özenilen mesleklerden biri haline getirmek ve mahkemelere gidecek uyuşmazlıkların sayısını azaltmak gelmektedir.