

## CEZA YARGILAMASI NORMLARININ <DERHAL UYGULANMASI> İLKESİNE İLİŞKİN BİR YARGITAY CGK. KARARININ İNCELENMESİ

Araş.Gör. Yener ÜNVER(\*)

### I - KARAR :

Y.CGK'nun 12.4.1993 tarih ve E.1993/6-62, K. 1993/94 karar sayılı kararı<sup>(1)</sup>.

### II - KARARA KONU TEŞKİL EDEN OLAY :

Sanık (Y) Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 20.10.1992 gün ve 102/130 sayılı hükümlerle yağma suçundan dolayı...süre ağır hapis cezasına mahkum edilmiştir. Bu hüküm o tarihte henüz 18 yaşından küçük olan sanık tarafından duruşmasız olarak temyiz edilmiştir. Dosya Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nce incelenirken, 1.12.1992 tarihinde yürürlüğe giren 18.11.1992 gün ve 3842 Sayılı Kanun, CMUK'nun 138. maddesinde değişiklik yaparak 18 yaşından küçük sanıklar bakımından zorunlu müdafilik sistemini kabul etmiştir. Yargıtay 6. CD. bu yeni normları olaya uygulamayarak, yerel mahkeme hükmünü 29.1.1993 gün ve 424/579 sayılı kararı ile onamıştır. Daha sonra Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin bu kararına karşı, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, 4.3.1993 gün ve 98159 sayı ile 3842 sayılı kanunun getirdiği değişiklikler nazara alınarak 18 yaşından küçük sanığa yerel mahkemece müdafî tayinini sağlamak üzere kararın bozulması istemiyle itiraz yoluna başvurulmuştur. Dosya kendisine gelen Y.CGK ise, Ceza Yargılaması Hukukunda, hukuk kurallarının yürürlüğü açısından <derhal uygulama> ilkesinin geçerli olduğu düşüncesinden hareketle Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazını yerinde bulmamış ve reddine karar vermiştir.

### III - ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM :

Sanığın hakkında verilen hükmü duruşmasız olarak temyiz etmesinden sonra, 1.12.1992 tarihinde yürürlüğe giren 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı kanunun 15. maddesiyle CMUK'nun 138. maddesinde yapılan değişikliğin, o

(\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.

(1) YKD. 1993, C. 19, S. 8, s: 1226-1231.



tarihte henüz 18 yaşını doldurmamış sanığa müdafî tayin edilmesi açısından hükmün bozulmasına esas teşkil edip edemeyeceği, çözümü gereken hukuki problemi teşkil etmektedir.

#### IV - PROBLEMİN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER :

**A) 3842 sayılı kanun ile CMUK'da yapılan değişiklikler bozma sebebi teşkil etmeli ve yeni düzenleme, yargılama sürüyor olmak kaydı ile, kanunun, yürürlüğe girdiği 1.12.1992 tarihinden önceki olay ve işlemlere de uygulanmalıdır.**

— Bu görüşte olan ve bu nedenle itiraz kanun yoluna başvuran C.Başsavcılığının gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz :

«1 - CMUK'nun 138. maddesinde <Yakalanan kişi ve sanık>tan sözedilmektedir.

2 - Sanıklık sıfatının son kararın (hükmün) kesinleşmesine kadar sürdüğü bilinmektedir. Yine soruşturmanın sürdüğü de açıktır. Kanun Yolu davasının açılması üzerine kollektif olan muhakeme faaliyeti yapılacağından muhakeme devam etmektedir. Kanun yolu olağan ise yani kesinleşmiş karara karşı açılmışsa devam aralıksızdır.

3 - 3842 sayılı Yasa meclise sunulurken Adalet Komisyonu raporunu da içeren tasarının 17. maddesinde <tasarı ile soruşturmanın her safhasındaki kişiye yanında müdafî bulundurma, onunla görüşme ve hukuki yardımdan yararlanma hakkı tanınmış belirli haller için mecburi müdafilik sistemine geçilmiştir> ifadelerine gerekçe olarak yer verilmiştir.

Savunma hakkıyla yakından ilgili olan bu hükmün Yargıtay için emredici ve geçerli olmadığını düşünmek mümkün değildir.

4 - İnceleme konumuzla doğrudan olmasa da dolayısıyla ilgili olduğundan;

a) Geçiş döneminden sonra duruşma sırasında isteğe rağmen ya da zorunlu olduğu halde müdafî için harekete geçmeyen mahkeme kararları bozulmayacak mıdır?

b) Müdafî olmayan bir kişi Yargıtay'a yazdığı dilekçede müdafî isterse ne yapılacaktır? Bundan sonraki dönemlerde bununla karşılaşılacaktır. Bu gibilere Baroya başvurması söylenebilecekse de, CMUK'nun 138/2. maddesinde sayılan kimseler için kendiliğinden harekete geçmek gerekecektir.

5 - Derhal uygulanabilirlik ilkesi mahkemeler için geçerli olduğu kadar Yargıtay için de geçerlidir. Yargıtay'daki duruşmalı incemelerde maddeyi uygularken duruşmasız işlerde uygulamamak bir çelişkidir".

— C. Başsavcılığı bu gerekçelerden sonra, CMUK'nun 138. maddesinin emredici hükmü karşısında Yargıtay'ın nasıl bir işlem yapabileceği konusundaki çeşitli seçeneklerin düşünülebileceğini belirtmiştir;



« a) Derhal uygulanırlık ilkesine uyup lafzi yoruma bağlı kalarak, dosya C. Savcılığında ise, bizzat bulunduğu yer barosuna yazılarak müdafii tayin edilip dosyanın incelenerek hukuki yardımı içeren layihasının dosyaya konulmasını isteyebilir.

b) Aynı işlem Yargıtay Özel Daireleri ile Ceza Genel Kurulunda yapılabilir.

c) Karar, Mahkemece müdafii tayin edilerek hukuki yardımın sağlanması için bozulabilir.

d) Sanığa Baroya başvurması için uyarı yapılabilir. Ancak bu durum 138/2. maddede sayılanlar için sözkonusu olmaz».

C. Başsavcılığı bu dört seçenekten, hükmün bozulması yolunun savunma hakkının en iyi şekilde kullanılmasına olanak sağladığından tercih edilmesi gerektiğini, bu seçeneklerden herhangi birisi veya başka bir yol benimsenmeksizin isteyen kimselere veya 138/2. maddede yazılı kimselere müdafii tayin edilmeden dosyayı inceleyip karara bağlamanın kanuna aykırı olacağını, somut olayda Dairenin onama hükmünün CGK. tarafından kaldırılarak yerel mahkeme hükmünün bozulmasına veya barodan müdafii tayin edilmesi gerektiğine karar verilmesinin gerektiğini belirtmiştir.

- İnceleme konusu kararda yer almamakla beraber, aynı yasa değişikliği üzerine ve aynı konuda verilmiş bulunan 15.3.1993 tarih ve E.1993/5-15, K.1993/62 sayılı Y.CGK kararında<sup>(2)</sup> karşı oy kullanan kurul üyeleri de bu görüştedirler. Bu üyelere göre, 3842 sayılı yasa ile değiştirilen CMUK'nun 138. maddesi ile 18 yaşından küçük olan sanıklara zorunlu müdafii atanması ilkesi benimsenmiştir, bu durum savunma hakkının boyutlarını genişletmiştir ve bu nedenle hüküm diğer yönleri incelenmeksizin öncelikle bu nedenle bozularak yerel mahkemeye gönderilmelidir.

- Yine bu ikinci (15.3.1993 tarih ve E. 1993/5-15, K. 1993/62 sayılı) CGK kararında, C. Başsavcılığı, önceki gerekçelere paralel olarak, CMUK. m. 138'deki hükmün savunma hakkına ilişkin bulunması ve ceza yargılaması kanunlarının <derhal uygulanırlık> ilkesi uyarınca, henüz sonuçlanmamış veya kanun yolu aşamasında bulunan ve inceleme sırasında 138. maddede belirtilen nitelikteki kimselere zorunlu olarak müdafii tayinini zorunlu kıldığını ve somut olaydaki kararın bu nedenle bozulması gerektiğini belirtmiştir.

**B) 3842 sayılı kanun ile CMUK'da yapılan değişiklikler bozma sebebi teşkil etmemeli ve yeni düzenleme, 3842 sayılı kanunun yürürlük tarihi olan 1.12.1992 tarihinden önceki olay ve işlemlere uygulanmamalıdır.**

Bu görüşü benimseyen CGK'nun gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz:

(2) YKD. 1993, C. 19, S. 5, s. 760-764.



Ceza yargılaması hukukunda genel kural olay ve işlemlerin o anda yürürlükte bulunan hukuk kurallarına tabi olmalarıdır. Buna derhal (hemen) uygulama denilir. Sonradan yürürlüğe giren bir kuralın önceki olay ve işlemlere uygulanması demek olan <geçmişe yürüme> ise istisnayı oluşturur. Yargılama kanunlarında yapılan değişiklikler, onların sanık lehine olup olmadıklarına bakılmaksızın derhal uygulanmaya başlanırlar. Bunun sebebi ise, yeni yasanın eski yasadan daha mükemmel olması, ülkede aynı anda iki yargılama kanununun uygulanmaması ve kanunların yürürlükte buldukları süre içinde düzenlendikleri sahalarda uygulanması gerektiğidir.

Yeni kanunun ancak yürürlüğe girdikten sonraki işlemlere uygulanması gerektiği, geçmişe yürümeyeceği ilkesinin doğal sonucu olarak eski kanun zamanında yapıp tamamlanmış işlemler geçerliliklerini korumakta ve yenilenmemektedir.

Genel kuralı bu şekilde belirten CGK, derhal uygulama ilkesinin geçerli olmadığı hallerin de sözkonusu olabildiğini belirterek, şu iki örneği vermektedir:

İlk olarak <sırf üst dereceli mahkemenin iş yoğunluğunu azaltmak için kabul olunan görev normlarının üst dereceli mahkemede açılmış davalarda hatta duruşma başlamadan da olsa derhal uygulanmaması yürürlükten kalan normun uygulanmasına devam edilmesi uygulamanın devamlı olmayacağı ve görevsizlik kararıyla işler uzayacağı için geçici maddelerle kabul olunabilir...>. İkinci olarak derhal uygulama, prensip olmakla beraber, bu ilkenin bazı haksızlıklara sebebiyet vermesi halinde yine bu ilkeye istisna getirilebileceği belirtilerek, bunun için, eski kanuna göre kanun yoluna başvuran için daha uzun bir süre tanınmış iken yeni kanunun bu süreyi kısaltması hali örnek olarak gösterilmektedir. Bu durumda, eski kanunun yürürlükte olduğu zamanda daha süresi bulunduğu düşüncesiyle bekleyip kanun yoluna başvurmayan kimselere yeni kanunu uygulamak haksız sonuçlara yol açacağı için, yeni kanunu derhal uygulamamak gerektiği belirtilmektedir.

Sonuç olarak CGK, daha önceki kanunun yürürlükte olduğu dönemde kanuna uygun biçimde yapılan usuli işlemlerin ve yargılamanın kanuna uygun olduğunu, onların geçerliliklerinin sürdüğünü ve tartışılmayacağını, CMUK'da değişiklik yapan yeni (3842 sayılı) kanunun ancak yürürlük tarihi olan 1.12.1992 tarihinden sonrası için hüküm ifade edebileceğini, bu durum karşısında, önceki kanuna uygun olarak kurulan hükümlerin sırf bu nedenle bozulmaları ve barodan müdafî tayini istenmesinin <derhal uygulama> ilkesi uyarınca mümkün olmadığını belirtmektedir.

Ancak, CGK'na göre, eğer kanun yolu aşamasındaki inceleme duruşmalı olarak yapılırsa idi, bu takdirde, yeni yasanın getirdiği sanığa zorunlu müdafî tayini için gerekli usuli işlemlerin, Yargıtay Dairesince yapılması gerekecekti. Oysa, sanık, 3842 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce yürürlükte bulunan kanuna göre ve usulüne uygun şekilde duruşmasız olarak



temyiz talebinde bulunduğu için, inceleme konusu olayda, temyiz incelemesi dosya üzerinde yapılmaktadır. <O halde, sırf müdafî bulunmaması hükmün bozulmasını gerektirmeyeceği gibi ayrıca bu aşamada müdafî tayini de gerekmez>. CGK'a göre aksini kabul ve uygulama, yargılama kanununun geriye yürümesi sonucunu doğuracağı gibi, temyiz incelemesi aşamasındaki bir davanın duruşma ve hatta hazırlık aşamasına geri dönülmesi durumunu yaratacaktır ki, bu duruma ise, yargılama hukukunun ana kuralları ve genel yapısı uygun olmadığı gibi, izin de vermez<sup>(3)</sup>.

## V - KONUYA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR :

Bu kısımda, hukuki problemin çözümü açısından yararlı olacağı düşüncesiyle, ana hatlarıyla ceza yargılaması normlarının zaman bakımından uygulanırlığı konusuna değinilecektir.

Belirli bir zaman dilimine yayılan ceza yargılaması faaliyeti sürerken, kanunlarda yapılan değişikliklerle somut olaya uygulanacak normlarda ve yargılama süjelerinin yetki ve görevlerinde değişiklikler yapılabilir. Bu durum ceza yargılaması nomlarının zaman bakımından uygulanmasını ilgilendirir. Ceza yargılaması normlarının zaman bakımından uygulanırlığı problemi, bir ülkedeki ceza yargılaması yasalarında bu şekilde yapılan değişiklikler nedeniyle, önceki (eski) norm zamanında ortaya çıkmakla beraber yargılanması gereken veya önceki norma göre başlanmakla beraber yargılaması devam eden uyuşmazlıklar bakımından hangi normun uygulanması gerektiği hususudur<sup>(4)</sup>.

Normların uygulanırlığı açısından çeşitli olasılıklar olabilir; duruma göre yürürlükte oldukları halde normların uygulanmaları olanağı bulunmayabilir (geçici kanunlardaki gibi); normlar geçmişe şamil olarak uygulanabilirler (geçmişe uygulama = yürürlük öncesine uygulama); yürürlükte oldukları zaman itibariyle uygulanabilirler (derhal uygulama) ve nihayet yürürlükte olmayan normun ilerideki olaylara uygulanması (yürürlük sonrası uygulama = ileriye yürüme) sözkonusu olabilir<sup>(5)</sup>.

(3) CGK, benzer bir olaya ilişkin olarak daha önce vermiş bulunduğu bir kararında da, yukarıdaki gerekçelerle aynı sonuca ulaşmıştı. (Bkz. Y.CGK. 15.3.1992, E. 1993/5-15, K.1993/62; YKD.1993, c.19, S: 5, s: 760-764).

(4) YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1994, sh: 22.

(5) Konuya ilişkin olarak uygulamamızda karşılaşılan örnekler için bkz; TOSUN, Öztekin. Türk Suç Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1984, s: 155, dip: 1.; KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul 1989, s, 568.



## A) KURAL :

### HEMEN UYGULANMA İLKESİ :

Ceza Yargılaması normları için geçerli olan temel ilke, bu normların hemen (derhal) uygulanmaları ilkesidir. Hemen uygulanma ilkesi, bir normun yürürlüğe girmesinden sonra henüz yargılanmasına başlanılmayan uyuşmazlıklarla, önceki (eski) norm zamanında yargılanılmasına başlanılmakla birlikte henüz sonuçlandırılmamış uyuşmazlıklara uygulanmasıdır<sup>(6)</sup>.

Ceza Yargılaması yöntem normlarının zaman bakımından uygulanmasında geçerli olan "hemen uygulanma" ilkesinin bazı sonuçları vardır<sup>(7)</sup>. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

#### 1) İşlemlerin yürürlükteki norma göre yapılması :

Yargılamada her işlem yapıldığı tarihteki norma tabidir. Eğer suç işlendikten sonra yargılama yasasında bir değişiklik olursa, getirilen yeni norm, aynı zamanda önceki norm zamanındaki suçlar açısından da uygulanacaktır<sup>(8)</sup>. Çünkü belirli bir olay hakkında hukuksal değerlendirme yapılırken, kural olarak, yargıcın yürürlükte bulunan normu kullanması gerekir.

#### 2) Önceki norm zamanında sonuçlandırılmamış işlemlerin yeni norma göre yapılması :

Eğer yargılama önceki norma göre başlamış ve bazı işlemlerin yapılması yeni normun yürürlüğüne kadar sonuçlandırılmamış ise, bu takdirde bu işlemler yeni norma göre yapılacaktır<sup>(9)</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus yeni normun yürürlüğe girdiği tarihte yargılamanın/işlemlerin sona ermiş bulunup bulunmamasıdır.

m

- (6) YURTCAN, a.g.e., s: 22. ÖNDER bu durumu, Ceza Muhakemesi hukuku dalında "kanunların geçmiş etkisizliği" kuralının geçerli olmaması olarak belirtmektedir. (Bkz. ÖNDER, Ayhan. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Mevzuat - Özet Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1991, sh:5). Doktrinde EREM, yargılama hukukunda "derhal uygulama" prensibinin kaldırılarak, tıpkı maddi ceza hukukunda olduğu gibi TCK'nun 2. maddesinin uygulanmasını öneriyor. (Bkz. EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara, s: 76).
- (7) YURTCAN, a.g.e., s: 22-24
- (8) TOSUN, a.g.e., s: 157; ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Bası, Ankara 1991, sh: 20
- (9) YURTCAN, a.g.e., sh: 23. ÖZTÜRK, bu işlemlere önceki normların uygulanmalarının zorunlu tutulması durumunda, bunun, yargılama makamlarını zor duruma sokacağını ve ayrıca aynı anda bazı olaylara önceki, bazı olaylara ise sonraki kanunun uygulanacağını, bunun ise kabul edilebilir nitelikte olmadığını belirtmektedir (Bkz. a.g.e., s : 20)



3) Önceki norm zamanında yapılmış işlemlerin geçerliliklerini korumaları :

Belirli bir zaman dilimini gerektiren ceza yargılaması sürecinde, kanunlarda yapılan değişiklikler nedeniyle birçok işlem "hemen uygulanma" ilkesi gereği, farklı normlara göre yapılmış/sonuçlandırılmış olabilir. Bu kural gereği, önceki normlara göre sonuçlandırılmış işlemler, yargılama ve hüküm verme bakımından geçerliliklerini/değerliliklerini korurlar.

Önceki normlara göre yapılmış işlemlerin tekrarlanmamasını ifade eden bu durum, bazı yazarlarca kazanılmış (müktesep) hak kavramı ile açıklanmıştır<sup>(10)</sup>. Bazı yazarlar ise, bazı işlemlerin sonra tekrarlanma olanaklarının bulunmaması<sup>(11)</sup> ve bu nedenle doğacak kargaşanın ve eşitsizliğin önüne geçmek için, hukuk güvenliği mülahazasıyla kabul edilen bir sonuç olduğunu belirtirler. Bazı yazarlar da, önceki norm zamanında yapılmış işlemlerin geçerliliklerini korumalarının daha sonra çıkacak bir kanunun bugün hukuka uygun olarak yapılmış olan işlemleri hukuka aykırı hale getirmesini önleyerek, kişilerin hukuka güvenmelerine sağlayacağını<sup>(12)</sup> belirtiyorlar.

4) Yeni normun lehe veya aleyhe olup olmamasının etkisiz bulunması :

Bu sonuç ceza yargılaması normlarının hemen uygulamasının en önemli sonuçlarından olan ve onu ceza hukuku normlarından ayıran bir husustur. İstisnalar hariç, bu kural nedeniyle, sonradan yürürlüğe giren normun lehe

(10) Bkz. KUNTER, a.g.e., s: 572'de belirtilen yazarlar ve TANER, M. Tahir, Ceza Hukuku-Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul 1953, s: 186. HUMK.m.578 nedeniyle, özellikle özel hukuk sahasında bu kavrama fazlaca itibar edilmiştir (Bkz. ANSAY, Sabri Şakir. Hukuk Yargılama Usulleri, 4.Bası, Ankara 1950,, sh: 5). Bu kavramın eleştirisi için ve Medeni Usul hukukunda da, kuralın "derhal uygulanma" olduğu hususunda bkz; POSTACIOĞLU, İlhan E. Medeni Usul Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1970, s: 17 v.d.; Konu bakımından uygulamada şu kararlar verilmiştir: Danıştay İBK., 2.12.1967, E.966/67, K.967/8: Yargılama hukukuna göre, dava dilekçesi ile başlayan hükümlü neticeye ulaşan, mahkeme veya taraflarca yapılan usul işlemlerinin bütününden meydana gelen bir manzume olarak tarif edilebilir. Bir dava münasebetiyle yapılan usul işlemlerinden her birinin onun yapıldığı zamandaki kanun hükmüne tabi olacağı tabiidir. İster özel hukuk, isterse kamu hukuku dahilinde olsun, kanunlar, genel olarak derhal tesirlerini husule getirirler. Bu ilkeye ancak zaman içinde devam eden muamele ve münasebetlerde bir özellik tanınabilir ki, bu husus kazanılmış hak kavramının bir sonucu olarak ifade edilebilir. İBK., 8.5.1929, E.2, K.12: HUMK.nun neşrinden evvel verilen hakem kararları hakkı müktesebe binaen kanunun neşrin en sonra dahi tescile tabi olduğuna...karar verildi. İBK., 7.12.1964, E.1964/3, K. 1964/54402 Sayılı yeni Haklar Yasasının yürürlüğe girmesinden önce açılmış bulunan davalarda, bu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak bütün işlemlere, 5887 Sayılı eski Harçlar Yasasının değil, 492 Sayılı yeni Harçlar Yasasının uygulanması gerektiğine...karar verildi. (ÜSTÜNDAĞ, Saim - ALANGOYA, Yavuz. Son Değişikliklere Göre Açıklamalı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 2.Bası, İstanbul 1987, s: 288-289'dan naklen).

(11) ÖNDER, a.g.e., s, 6.

(12) TOSUN a.g.e., s: 158.



radan yürürlüğe giren normun lehe ya da aleyhe olmasının, onun uygulanabilirliğinde herhangi bir etkisi olamaz. Şüphesiz, burada belirtilmesi gereken bir husus da, önceki norm zamanında kesinleşmiş olan kararlara yeni normun bir etkisinin olamayacağı, henüz yapılmasına başlanmamış veya başlanmakla birlikte henüz sonuçlandırılmamış işlemlerde uygulanacağıdır.

## B) İSTİSNA :

### HEMEN UYGULANMA İLKESİNİN UYGULANMADIĞI DURUMLAR :

Kural Ceza yargılaması yöntem normlarının derhal uygulanması olmakla birlikte, istisnaen bu kuralın geçerli olmadığı durumlar da mevcuttur. Uygulamamıza da çeşitli kanunlardaki değişiklikler nedeniyle yansıyan bu durum, sınırları oldukça dar tutularak, doktrin tarafından da, "hemen uygulanma" ilkesinin mutlak şekilde uygulanmasının bazen, haksız/adaletsiz sonuçlara yol açtığı ve bu ilkeye bazen istisna getirilmek gerektiği belirtilerek kabul edilmiştir<sup>(13)</sup>. Doktrinde<sup>(14)</sup> bu olaya ilişkin olarak gösterilen klasik örnek şöyledir; eski norma göre temyiz süresinin 15 gün olduğu bir durumda, temyize haklı bulunan kişinin henüz bu hakkını kullanmadığı 8. günde yürürlüğe giren yeni norm temyiz süresini 7 güne indirmiş olabilir. Yedi gün daha süresi var düşüncesiyle temyiz hakkını kullanmayan kimse, eğer yeni norm derhal uygulanırsa bu hakkından mahrum kalacaktır. Doktrin, bu gibi durumlarda, bu adaletsiz sonucun önüne geçilmesi için kanun koyucunun geçiş (geçici) hükümleriyle problemi çözmesini, çözmediği durumlarda ise, bu kimsenin yeni normun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yeni normdaki 7 günlük temyiz süresinden yararlandırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>(15)</sup>.

Doktrinde bu konuda verilen diğer<sup>(16)</sup> örneklerden de anlaşıldığı gibi, istisnai bazı durumlarda, önceki normların, yeni normun yürürlük süresinde de uygulanmaları (ileriye uygulama), bazen ise, yeni normun, önceki normun yürürlükte bulunduğu sürede ortaya çıkan olay/işlemler açısından uygulanmaları (geçmişe uygulama) sözkonusu olabilmektedir.

(13) Bkz. YURTCAN, a.g.e., s. 25.; KUNTER, a.g.e., s. 574.; ÖNDER, a.g.e., s. 5. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesinin konuyla dolayısıyla bağlantılı, Anayasa ve İdare hukukunu ilgilendiren 28.12.1993 tarih ve E. 1993/752, K. 1993/1206 sayılı kararı ile 25.5.1993 tarih ve E. 1993/2202, K. 1993/557 sayılı kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi Bülteni. Nisan 1994, sy. 2, s. 18-23.

(14) Bkz. 13. dipnot.

(15) YURTCAN, a.g.e., s. :25.; TANER, bu gibi durumlarda eğer iş geçiş hükümleriyle çözülmemişse, yargılama kanunlarının içerdikleri gayeye göre bunların geçmişe şamil olmasını kabul etmek gerektiğini, çünkü yeni kanunun daha iyi, daha mükemmel olacağını ve bu durumun sanığın da lehine olacağını belirtiyor. Yeni Normun sanığın lehine olmasına dikkat çeken TANER bunu bir şart ile sınırlıyor. Ona göre eğer, önceki kanun sanık için bir kanun yoluna müracaat etmek hakkını tanımış ve yeni kanun bu yolu kaldırmış ise, sanığın bu hakkını mahfuz tutmak gerekir. (Bkz. TANER, Ceza Hukuku, s: 185).

(16) Bkz. KUNTER, a.g.e., s: 574-575.; ÖNDER, a.g.e., s: 6.; TOSUN, a.g.e., s: 161-163.



## SONUÇ

İnceleme konumuzu teşkil eden problem Ceza Yargılaması yöntem normlarının/kanunlarının "yürürlüğü" problemi olmayıp, zaman bakımından "uygulanabilirliği" hususudur.

Yargıç, somut bir olayın hukuki durumunu tesbit ederek bir değer hükmü verirken, normu, hukuki değer ölçüsü olarak kullanır. Ancak yargıcın, bu normları kullanmadan önce bunların; a) Yürürlük, b) Geçerlilik, c) Zaman bakımından uygulanırlılık, d) Kişi bakımından uygulanırlılık, e) Yer bakımından uygulanırlılık, f) Yorum, açılarından hukuki değerini araştırma gerekir<sup>(17)</sup>.

Hukukta, normun zaman bakımından uygulanmasında temel prensip, "hemen (derhal) uygulanma" olarak adlandırılan, olay ve işlemlere o sırada yürürlükte olan hukuk kurallarının uygulanmasıdır. Bir olay veya işleme daha sonra yürürlüğe giren veya yürürlükten kalkmış olan hukuk kurallarının uygulanması istisna teşkil eder<sup>(18)</sup>. Bu kural hukukun her dalında böyledir. Ancak, bazı durumlarda, her hukuk dalının kendi bünyesinden kaynaklanan sebeplerle bu ilkeye istisnalar getirilir<sup>(19)</sup>. Nitekim, bazı yazarların düşüncelerinin aksine, ceza hukuku (suç hukuku)'nda da kural, normların derhal uygulanmasıdır. Sanığın lehine olan kanunun geçmişe şamil olması (TCK'm.2), suçta ve cezaada kanunilik ilkesi nedeniyle ve sanık lehine kabul edilmiş bir istisnadır.

Çözümlemesi gereken hukuki problem ile ilgili olarak, yukarıda değinilen her iki CGK. kararı<sup>(20)</sup>'nda varılan sonuçları yerinde bulmuyorum.

Kararlarda belirtilen gerekçelerden birisi, yeni (sonraki) kanunun eski (önceki) kanundan daha mükemmel olduğudur. Bu düşünce esasında bir varsayımdır, ancak her zaman doğru olmayabilir. Önceki normların sonrakilere nazaran daha mükemmel ve teminatlı olması da mümkündür. Ayrıca, EREM'in belirttiği gibi<sup>(21)</sup>, eğer yeni kanunun mükemmel olması gerekçe-

(17) KUNTER, a.g.e., s. 557.

(18) Aynı düşünce; TOSUN, a.g.e., s. 154. YCGK. 2.5.1.1983 ve E.1983/265, K.1983/119 (YKD. Ağustos 1983, C:9, sy:8, sh: 1228.; Özel hukuk açısından bkz. ÜSTANDAĞ, Saim. Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 5.Bası, İstanbul 1992, s. 72 vd. Yazar HUMK.m. 578'deki ifadenin yanıltıcı olduğunu belirtmektedir; ayrıca bkz; TANER, M. Tahir Ceza Hukuku - Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul 1953, s. 170, 173 ve 174.

(19) DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994 s. 201; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. :70 vd.; İÇEL, Kayıhan-DONAY, Süheyl. Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım I, 2.Bası, İstanbul 1993, sh: 120; ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., sh: 72; ÖZTÜRK, Bahri. Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. Bası, Ankara 1994, sh: 52.

(20) Bkz. Y.CGK. 12-4-1993 t; E.1993/6-62, K.1993/94 (YKD. Ağustos 1993, c.19, sy: 8, sh: 1226-1231) ve Y.CGK. 15.3.1993 t. E.1993/5-15, K.1993/62 (YKD.Mayıs 1993, C. 19, S. 5, s. 760-764)

(21) EREM, a.g.e., s. 75.



sine dayanılırsa, o zaman önceki normlara göre yapılmış yargılama işlemlerinin neden tekrarlanamadığı sorusu ile karşılaşılır ve bu soru, sırf "usul ekonomisi" mülahazası ile cevaplandırılmayacaktır. Nitekim, uygulamada, yargılamayı çabuklaştırmak (daha hızlı adalet) isteğiyle bazı savunma olanaklarını kaldıran yargılama kanunlarına rastlanmıştır<sup>(22)</sup>. Bu durumu izah etmek güç olduğu gibi, bu gibi hallerde, yeni yasanın "mükümmel" olduğunun değerlendirilmesinde, usul ekonomisinin mi, savunma hakkının mı yoksa maddi gerçeğe ulaşmak hedefinin mi kriter olarak alınacağı tartışılacaktır. Kaldı ki, CGK'nun dayandığı bu gerekçe (yeni normun daha mükemmel olduğu) dahi, inceleme konusu olayda, sanığın yeni düzenlemeden yararlandırılması düşüncesini desteklemektedir.

Kararlarda belirtilen hususlardan bir diğeri, aynı anda bir ülkede iki ayrı kanunun uygulanmaması ve kanunların yürürlükte buldukları süre içinde düzenledikleri sahalarda uygulanmaları gerektiğidir. Öncelikle belirtelim ki, bir olaya aynı anda iki norm değil, tek bir norm uygulanmaktadır. Burada belki bir zaman diliminde iki norm ile karşılaşılmaktadır, ancak bu, "yeni bir norm" ve onun "yürürlüğe girmesi" nedeniyle olmaktadır. Yürürlük ile uygulanabilirlik farklı kavramlardır ve yukarıda değinildiği üzere bazen, haklı bazı gerekçelerle, bir normun yürürlük ve uygulanabilirlik bakımlarından etkili oldukları zaman dilimleri farklı olabilmektedir.

CGK'nun gerekçelerinden bir diğeri ise, normların zaman bakımından uygulanmasında kuralın "hemen uygulanma" olmasına karşılık, bazen bu kurala istisnalar getirilebileceğidir. CGK. bu istisnalara ilişkin olarak, doktrinde klasikleşmiş olan iki örneği belirtmekte<sup>(23)</sup> ve fakat 3842 sayılı kanunla getirilen düzenlemenin, bu anlamda istisna olabilecek bir durum olmadığını belirtmektedir. Belirtilen bu örneklerden birincisinde, uygulamanın devamlı olmayacağı ve eğer yeni norm uygulanırsa, verilecek görevsizlik kararları nedeniyle işlerin uzayacağı gerekçeleriyle, bu hususta kabul edilecek geçici maddelerle, yeni normun derhal uygulanmayacağına, yürürlükten kalkan normun uygulanmasına devam edilebileceğinin düzenlenebileceği belirtilmektedir. İkinci örnekte ise, önceki normda mevcut olan kanunyolu süresini kısaltan yeni normun derhal uygulanması halinde, bunun bazı haksızlıklara yol açacağı gerekçesi ile, yeni normun derhal uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu örnekler dikkate alındığında, inceleme konumuzdaki kişinin savunma hakkı ile ilgili ve yukarıda, derhal uygulanma ilkesine istisna teşkil eden her iki örneğe nazaran daha önemli olan, adil ve sağlıklı bir yargılamayı sağlayarak ceza yargılamasının amacına hizmet eden

(22) EREM, a.g.e., s. 77. Doktrinde, Yeni normların eski normların öngördüğü savunma olanaklarına yer vermediği durumlarda, Yeni normların getirdikleri düzenlemenin "haklı" görülemeyeceği belirtilmiştir (Bkz. a.g.e., s. 76).

(23) Bkz. YKD, Mayıs 1993, c.19, sy:5.Sh:762-763 ve YKD Ağustos 1993, C. 19, S. :8, s. 1230-1231. Doktrin açısından örnek olarak bkz. KUNTER, a.g.e., s. 574; YURTCAN, a.g.e., s. 25



"mecburi müdafilik" hususundaki bu yeni düzenlemenin, henüz devam eden, yargılamalar bakımından uygulamasının "öncelikle" (evleviyetle) kabul edilmesi gerekmektedir.

Şüphesiz, önceki norma göre yapılmış işlemlerin geçerliliklerini korumaları bir ihtiyaç ve zorunluluktur. Ancak bu ilkeye, bazen, hukukun genel prensipleri ve olması gereken hukuk açısından istisnalar getirilmek gerekir. Özellikle, derhal uygulanma ilkesine sıkı sıkıya bağlanıldığında haksız/adaletsiz sonuçlara ve hukuk uygulamasında karmaşaya yol açacak ve ceza yargılamasının amacı ile çelişecek sonuçlar ortaya çıkacak ise, bu ihtiyaç kendini daha çok gösterir. "İnsan"ın odak noktasını teşkil ettiği çağdaş bir ceza yargılanmasında, "adil yargılanma hakkı"nın "olmazsa olmaz" bir sonucu olan "savunma hakkı"<sup>(24)</sup> ve bir bütün olarak yargılama hukukunun bu paraleldeki ilkeleri, "yargılamanın çabukluğu" mülahazasına feda edilmemelidir. Kaldı ki, sanık için öngörülen "makul sürede yargılanma hakkı"nı ve "masumluk karinesinin" mantığı da, bu gibi durumlarda, yeni normun getirdiği "zorunlu müdafilik" korumunun bu olaya uygulanmasını gerektirir.

CGK, kanunyolu aşamasındaki incelemenin duruşmalı ve duruşmasız yapılmasına göre bir ayırım yapmış ve eğer karara konu teşkil eden olay "duruşmalı olsa idi, yeni normun Y. Ceza Özel Dairesince uygulanacaktı" sonucuna ulaşmıştır.

Esasen oldukça az olan duruşmalı işlere dayanılarak, kişinin burada savunmasını bir müdafî aracı ile yaptırabileceği, duruşmasız işlerde bu yolun kapalı olduğu görüşü yerinde değildir ve benzer olaylarda, eşitliğe aykırı olarak farklı uygulamalar yol açacaktır<sup>(25)</sup>. Yeni normun amacına göre yorumundan kaynaklanmayan bu durum, sadece yargıtayın ceza yargılama hukukunun ilkelerinde fazla tutucu davranmasından kaynaklanmaktadır.

Yine burada, sanığa müdafiden yararlanma olanağı sağlanmasının pratik faydasının olamayacağı düşüncesi yerinde değildir. Kişinin kendini savunması (ferdi savunma) yanında bir hukukçunun yardımından faydalanarak, savunmasını onun aracılığıyla (kollektif savunma) yapması çok önemlidir<sup>(26)</sup>. Olayımızda da şüphesiz pratik faydası olacak ve temyiz kanun yolundan istenilen sonucun çıkarılabilmesi bakımından sanıktan çok daha faydalı olabilecektir. Bu yararı takdir etmeseydi, kanun koyucu, müdafiden yararlanmayı son soruşturmanın bitimine kadar mümkün kılar, sonrasına izin vermezdi. Ayrıca müdafî her ne kadar sanığa savunmasında yardımcı oluyor ise de, sanıktan ayrı hak ve yetkilere sahip, yargılamada kamusal bir fonksiyon gören sanıktan bağımsız bir ceza yargılaması süresidir. Kanunyolu aşamasında,

(24) Bkz, DONAY, Süheyl. İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, sh. 38 vd.

(25) Aynı yönde bkz. YCGK. 2.5.1983 t. ve E.1983/2-65, K.1983/119 (YKD. Ağustos C.9, S. 8, s. 1229).

(26) DONAY, a.g.e., s. 152.



olayımızdaki bir durumda, müdafinin bulunmasında pratik bir fayda görmeyen CGK'nun, aynı zaman diliminde cereyan eden, ancak sırf duruşmalı temyiz ettiler diye, duruşmalı temyizde pratik yarar görmesi çelişkilidir. Sanığın, bu aşamada, duruşmasız temyiz olsa bile, temyiz talebinde –özellikle temyiz layihasında– bir müdafinin yardımından yararlanmasına olanak sağlanmasının mutlaka pratik faydası olacaktır.

Öte yandan, önceki normun yürürlükte olduğu süreçte kişinin duruşmasız temyiz talebinde bulunmasını, kendisine affedilecek ve bundan dolayı kananacak bir kusur/hata gibi görülmemesi gerekir. "Daha dikkatli davranıp duruşmalı temyiz talebinde bulunsaydı yeni normun düzenlemesinden yararlanırdı, bunu yapmadığı için sonuçlarına katlasın" şeklindeki mantık yerinde değildir. Çünkü o kimse temyiz talebinde bulunurken, yeni norm henüz yürürlüğe girmemişti. Sanığın henüz yürürlüğe girmeyen bir normun, kendisi lehine getireceği düzenlemeleri önceden öngörmesini ve bu paralelde duruşmalı olarak temyiz talebinde bulunmasını beklemek mümkün olmadığı gibi, yorum kurallarını kabul edilmez şekilde zorlamak olur. Bu durum bizzat eşitsizlik yaratabileceği gibi kanun koyucunun oldukça dar kapsamda uygulanan duruşmalı kanun yolları dışında kalan hususlarda, yeni normun getirdiği kurumların uygulanmaması yönünde bir gayesi bulunmamaktadır. Nasıl ki, yukarıda değinilen örnekte<sup>(27)</sup>, sanığın, önceki normun düzenlemesine göre kendisine tanınan 15 günlük kanunyolu süresi'nin 8. gününe kadar bu hakkını kullanmaması durumunda sanığın, iradesine önem atfediliyor ve aynı olmamakla beraber, tıpkı "kazanılmış hak" kurumuna benzetilerek, sanığın önceki norma olan güveni nedeniyle haktan yoksun kalmaması gerektiği söyleniyor ve lehine yorum yapılıyorsa, burada da benzer bir durum sözkonusudur ve aynı sonuca ulaşılmalıdır.

CGK'nun dayandığı son bir gerekçe ise, olayda, eğer yeni norm uygulanırsa, temyiz aşamasındaki bir davanın hazırlık aşamasına döneceği ve bu durumun ise ceza yargılaması kuralları ile bağdaşmadığı iddiasıdır. Öncelikle belirtelim ki, bugün "soruşturmadan önce soruşturmaya dönülemez" ilkesi ceza yargılaması hukukunda vatandaşlık kazanmış bir ilkedir<sup>(28)</sup>. Böyle bir ilkeye ceza yargılaması hukukunda yer verilmesinin nedeni şudur; Ön soruşturma faaliyetinin; 1) Hazırlayıcı, 2) Ayıklayıcı fonksiyon görmesidir. Buradaki mantık, eğer iddia makamı kamu davası açarak son soruşturmayı başlatmış ise, artık bu olayda, mahkeme tarafından değerlendirilmesi ve çözülmesi gereken bir uyuşmazlık sözkonusudur. Bu aşamadan sonra geriye (önsoruşturmaya) dönülerek, yukarıdaki iki fonksiyona yönelik değerlendirmenin yapılması gereksiz bir çalışma olur<sup>(29)</sup>.

(27) Bkz. YURTCAN, a.g.e., s. 25

(28) YURTCAN, Erdener, Memurların Yargılanmasında Suç Vasfının Değişmesi-Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararını incelenmesi. İBD. İstanbul 1994, C. 69, sy: 10-12, s: 743 ve son. Yazar, çağdaş ülkelerin ceza yargılama yasalarında yer alan bu kuralın, ülkemizde CMUK'da açık bir kural olmamakla birlikte, içtihat yoluyla hukumuza kazandırılması gerektirdiğini belirtmektedir.

(29) Bkz. YURTCAN, adı geçen karar incelemesi, s. 744.



Önsoruşturma safhasının Ceza Yargılamasındaki görevleri, sonsoruşturmanın açılmasıyla bitmiş demektir. Önsoruşturma eksik bile olsa, son soruşturmada bu eksiklikler giderilebileceğinden artık önsoruşturma evresine geri dönülemez. "Evrelerden geri dönülmez" ilkesi diye de adlandırılan bu prensip yargıma ekonomisine ve yargılamanın çabukluğuna hizmet etmektedir<sup>(30)</sup>.

Şüphesiz bu ilke ceza yargılaması hukukunda önemli bir fonksiyon görmekte ve özellikle yargılamaların gereksiz yere uzatılmasının önüne geçmektedir. Ancak bizim olayımızda da bu ilkenin ihlal edildiğini düşünmemekteyim. Çünkü inceleme konusu olayda, sanığın müdafinin yardımından faydalandırılmak üzere kararın yargıtayca bozulması halinde önsoruşturma safhasına gitmek gerekmiyecek, bozma üzerine yeniden açılacak sonsoruşturmada da bu hak kullanılacaktır. Kaldı ki, bazen yargılamadaki çok ağır ihlallerin, bu ilkeye de istisna getirilmesini gerektireceğini düşünüyorum. Örneğin, aşağıda değineceğimiz, "hukuka aykırı deliller" ile ilgili As.Y.Drl.Krl. Kararına konu olan olayda böyle bir durum mevcuttur ve yargılamanın tamamını etkileyen böylesi önemli olaylarda, sırf yargılamanın çabuk olması düşüncesiyle açık ve oldukça ağır hukuka aykırı uygulamalara göz yummamak gerekir. Demek ki, mutlaka önsoruşturma safhasına dönmek gerekmez, yapılacak araştırmalar pekala sonsoruşturmada da yapılabilir. Olayımızdaki kanun, yolu aşamasının, diğer temyiz nedenlerine dayalı bozma kararlarından farklı bir etkisi olmayacaktır. Çünkü hüküm başka bir noktadan bozulursa, yeni norm gereği yine bir müdafî atanmak zorunluluğu vardır. Kaldı ki, bu ilkenin, ceza yargılamasında, adil yargılanma hakkını ve özellikle hukuka aykırı delil yasağını bertaraf edecek şekilde uygulanmaması gerekir. Zira bu ilkelerin hepsi bir bütün içerisinde acil ve gerçekçi bir ceza yargılamasına hizmet etmektedirler ve birbirleriyle çelişmemektedirler. Zira, ceza yargılamasının amacı herşeye rağmen, bazı değerler feda edilerek maddi gerçeğe ulaşmak değildir. Hukuk devletinde, maddi gerçeğin "her ne pahasına olursa olsun" araştırılması kabul edilmemekte, delil yasakları ile bu ilkeye bazı sınırlar getirilmektedir<sup>(31)</sup>.

İnceleme konusu kararda, farklı görüşte olan C.Başsavcılığının, CMUK'nun 138. maddesinde "....Sanık...."tan bahsedildiği ve bu statünün kanunyolu aşamasında dahi devam ettiği ve bu nedenle yeni normun, bu aşamadaki yargılamalar açısından da uygulanacağı yönündeki düşüncesini yerinde buluyorum. Çünkü yargılanan kimsenin, yargılama sürdükçe sanıklık durumu devam etmektedir, şüphe henüz yenilmemiş, sanık "masumiyet karinesi"nin korumasından yararlanmakta ve henüz diri (ölmemiş) bir yargılama (organizması) mevcuttur. Yeni normun hedeflediği (yetersiz de ol-

(30) Bkz. Sami SELÇUK'un Karşı Oy Yazısı (Y.CGK. 19.10.1992, E. 1992/5-260, K. 1992/283; İBD. İstanbul 1994, C. 69, S. 10-12, s. 749-750).

(31) ÖZTÜRK, Bahri. Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku 3. Bası, Ankara 1994, S. 187.



sa)<sup>(32)</sup>, belirli kimseler açısından "mecburi müdafilik" kurumunun mantığı ve ülkemizde böyle bir düzenlemeye yol açan ihtiyaçlar da, C. Başsavcılığının düşüncesini desteklemektedir ki, yerindedir. Kararda, C. Başsavcılığınca değinilen olasılıklardan, yeni normdaki düzenlemeler nedeniyle "hükmün bozularak sanığın müdafiiiden faydalanmasına olanak sağlamak" yolu tercih edilmelidir.

Yukarıda, aynı konuya ilişkin olduğu için, kısmen değinilen ikinci CGK. Kararı<sup>(33)</sup>nda, karşı oy kullanan üyelerin ulaştıkları sonuca katılmakla beraber, yeni getirilen düzenleme ile savunma hakkının boyutlarının genişletildiği tarzındaki gerekçelerini haklı bulmuyorum. Savunma hakkının ceza yargılamasında bu şekilde kullanılması, savunma hakkının boyutlarının genişletildiği anlamına gelmeyip bizzat savunma hakkının olması gerektiği gibi kullanılmasıdır. Bu düzenleme olmadan önce de, kişilerin "adil yargılanma hakkı"nın zorunlu sonuçlarından birisi olan "savunma hakkı" bu sonucu gerektiriyordu. Zira "Silahlıların eşitliği" ilkesi<sup>(34)</sup>, adil bir yargılama ve yargılamanın sonucuna sağlıklı şekilde ulaşmak için gereklidir. Esasen yargılamanın ve sonuçta verilen hükmün kollektif oluşu, delillerin müşterekliği ve yargıcın şahsi bilgisini hükmüne esas alamaması da, savunma hakkına böyle bir anlamı yükler. İşte bu nedenledir ki, İHAS ve diğer birçok önemli belgede sanığın bu hakkı, farklı görünümelerde de olsa, teminat altına alınmıştır. Yeni düzenleme ile, kanımca, savunma hakkının çok önceden bu şekilde olması gereken bir uygulanma olanağı yaratılmıştır. Esasen savunma hakkının gereği olarak, yargılanan kişilere bu yardım ve olanağı sunmak, özgürlükçü, demokratik ve sosyal hukuk devletinin görevidir. Yeni getirilen düzenlemenin bu bağlamda ve iddia, savunma ve yargı erklerinin birbirlerinden bağımsız, fakat bir işbirliği içerisinde ve aynı olanaklara sahip olarak kollektif bir yargılama yaptıklarını gözönünde tutarak değerlendirmek ve yargılamanın ülkemiz açısından yetersiz olan ayağını güçlendirmek için getirilen hükmün, amacının dışında ve çok dar uygulanmaması gerekir<sup>(35)</sup>.

Günümüzde hak ve özgürlükler konusundaki gelişmeler doğal olarak ceza yargılaması hukukunda da etkisini göstermektedir. Bugün devlet, kişiye hak ve yetkiler tanıyan kişilerin dışında bir varlık olarak düşünülme-

(32) Aynı yönde; DOĞAN, Y.Hakkı Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma, İstanbul 1994, sh:150.

(33) Y.CGK. 15.3.1992, E.1993/5-15, K.1993/62 (YKD Mayıs 1993, C.19, sy: 5, s. 760-764).

(34) Benzer şekilde, yazılı emir kanun yolunda sanık veya savunucusuna savunma imkanının verilmemesi de silahların eşitliği prensibine aykırıdır. (Bkz. DONAY, a.g.e., s. 56-57)

(35) Nitekim, 3842 sayılı kanunun gerekçesinde, yapılan değişiklikle savunma hakkının en iyi şekilde kullanımını sağlamak, müdafii yardımına engel olunmasını önlemek amacının güdüldüğü belirtilmiştir. (Bkz.ODYAKMAZ, A.Nevzad, Notlu-İçtihatlı-Gerekçeli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, İstanbul 1993, s. 185. (Bkz. YURTCAN, Erdener. CMUK EL KİTABI, İSTANBUL 1994, s. 8-10) Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, yargılamadaki tarafların silahlarının eşitliğini tam ve kesin bir eşitlik olarak kabul etmektedir (Bkz. DONAY, age, s. 47).



mekte, insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu hakları tanıyan ve korumakla görevli ve kişilerin kendileri için kendi iradeleriyle oluşturduğu varlıktır. Bu anlayış, siyasal iktidarın kanun koyma yetkisinin de sınırlı olduğunu deyimler<sup>(36)</sup>. Devletin sunmakla yükümlü olduğu hakların başında, insan hakları yanında kişinin sırf sanık olması nedeniyle sahip olduğu sanık hakları gelmektedir. Bunların en önemlisi sanığın "adil yargılanma hakkı"dır. Bu hak ise, iddia-savunma ve yargı erkleri arasında "silahların eşitliği"ni gerektirir. Olayımızdaki yeni düzenleme bu bağlamda düşünülerek bir bozma sebebi sayılmalıdır ki, sanığın "savunma hakkı"nı gerektiği şekilde gerçekleştirmek için getirilen düzenleme gayesine ulaşabilsin.

Savunma hakkı ile ilgili yeni norm, yalnızca yerel mahkemeler açısından değil, temyiz başvurusu duruşmalı veya duruşmasız yapılsın, Yargıtay için de emredici ve geçerli olmalıdır.

Normun derhal uygulanması ilkesine, birçok kez istisnalar getirilmiştir. Sırf bir ilke (derhal uygulanma ilkesi) ile çelişiyor diyerek, yeni normu uygulamamak doğru ve adil olmaz. Ceza yargılamasını bir bütün olarak ele almak ve yalnızca kuralların değil istisnai uygulamaların da, duruma göre, ceza yargılamasına hizmet ettiği ve bu nedenle kabul edildiği unutulmamalıdır. Örneğin, adli hataların önüne geçmek olanağı verdiği ve sanığa rağmen, sanık lehine olduğundan, "davasız yargılama olmaz" ilkesine, bazı durumlar için istisna getirilerek "otomatik temyiz" halleri (CMUK.m. 305) ve hükmün bozulmasının diğer sanıklara sirayet (CMUK.m.325) edeceği kabul edilmiştir. Nitekim, olağanüstü kanunyolları da benzer gerekçelerle kabul edilmiştir. Olayımızdaki yeni normlar da bu anlamda sanık lehine olduklarından ve adil yargılanma hakkının sağlanması düşüncesiyle getirildiklerinden, bir istisna uygulama olarak kabul edilmelidirler.

"Suçta ve Cezada Kanunilik" ilkesinin mantığı ile, normların "derhal" uygulanmaları ilkesi arasında doğrudan bir ilişki ve paralellik vardır. Kanunilik ilkesinin mantığı da, yeni normların gerekçesi de, bu hükümlerin olayımızda uygulanmasını gerektirir. Şüphesiz bu hükümler sırf lehe oldukları için değil, ancak belli yaşın altındaki sanıklar açısından "zorunlu müdafilik" kurumunun getirdikleri, duruşmalı veya duruşmasız temyiz talebi açısından bir fark yaratmadıkları ve sonradan yürürlüğe girecek bir düzenlemeyi bilmeyerek öngörmeyerek temyiz talebinde bulunmayan küçüğü bu haktan yoksun bırakmak için bir sebep bulunmadığından, olayda, bozma sebebi teşkil etmelidirler.

(36) ÖZEK, Çetin, İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar (henüz yayınlanmamış makale s. 1 ve 8. Önceki anlayışa göre, bireyin hakları ile devletin hakları arasında çelişki olabilmekte, bu ise birey haklarını kısıtlayıcı düzenlemelere dayanak oluşturabilmekte idi. Böyle durumlarda ise, siyasal iktidarın yaptığı düzenleme normatif açıdan hukuki ancak özü itibarıyla ise, insan hakları kavramı ile çelişebilmektedir (Bkz.ÖZEK, a.g.m., s. 7). İnceleme konusu olayda da, sanığın savunma hakkı derhal uygulama ilkesine, doğabilecek haksızlıklar nedeniyle, üstün tutulmalıdır.



Yeni normları olaya uygulamamak "eşitlik ilke" ne<sup>(37)</sup> de aykırı olur ve aynı yargılama safhasında bulunan sanıklar açısından; "kollektif savunma" hakkından "yararlanabilecek sanıklar", "yararlanamıyacak sanıklar" ayırımına yol açar. Bundan başka, sırf sanığın duruşmasız temyiz talebinde bulunmasından hareket edilirse, sanıklara rağmen, onlar küçük olduğu için getirilen "müdafiden faydalanma hakkı"nı küçük sanıkların duruşmalı temyiz (ve buna paralel olarak da müdafî) talebine göre tanımak sonucunu doğurur ki, bu sonuç "zorunlu müdafîlik" kurumunun niteliğine aykırıdır. Zorunlu müdafîlik hallerinde, sanığa rağmen, yargılamada bir müdafinin bulunması zarduridir ve bu bir kamusal zorunluluktur<sup>(38)</sup>. Bu gibi hallerde sanığa müdafî tayin edilmemesi son kararın bozulmasını gerektirir<sup>(39)</sup>.

Temyiz kanunyolunda, hükmün bozulması için bir temyiz sebebinin bulunması gerekir. Bu sebebin, CMUK'daki "kanuna aykırılık" ifadesinin aksine, "hukuk normuna aykırılık" olarak anlaşılması gerekir. Bu kavram gerek yazılı gerek yazılı olmayan hukuk normlarını ihtiva eder<sup>(40)</sup>. Yazılı olmayan hukuk açısından çoğu kez, "hukukun esaslarına aykırı", "haksız", "vicdanları rahatsız eden", "makbul olmayan" gibi tabirlerle, ifade edilen aykırılık halleri sözkonusudur. Bu aykırılık durumları ise, normların ve delillerin değerlendirilmesi bakımından olabilir<sup>(41)</sup>. İnceleme konumuz olan olayda, sanığın, "müdafiden faydalanma hakkı" tanıyan yeni normdan yararlandırılması, yazılı olmayan hukuka aykırılık anlamında bir "hukuk normuna aykırılık" teşkil etmektedir.

İncelediğimiz problem büyük ölçüde 3842 sayılı kanunun, geçiş dönemine ilişkin olarak özellikle son karar verildikten sonraki yargılamalar açısından bir hüküm ihtiva etmemesinden kaynaklanmaktadır. Geçmişte de, aynı konuya ilişkin olarak problemlerle karşılaşıldığı ve yeni normun geçiş döneminde uygulanmasına ilişkin olarak geçici hükümlere kanunda yer verilerek problemin halledildiği bilinmektedir<sup>(42)</sup>. Asıl yapılması gereken, bu gibi durumlarda, tartışmaları ve uygulamadaki farklılıkları ve haksız/adil olmayan sonuçları önlemek için, konuyu geçici hükümlerle düzenlemektir. 3842 sayılı kanunda bunun yapılmaması bir eksikliktir. Bu geçici normların

(37) Bu gibi hallerde yapılacak yorumun "eşitlik" ilkesine aykırı olmaması gerekir (Bkz; TOSUN, Öztekin. Suç Muhakemesi Hukukunda Eski Muhakeme Kanununun Uygulanmasına Bir Örnek, YD. 1985, C. 11, s: 1-2, s. 160).

(38) Bkz. CENTEL, Nur başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984, s. 5.

(39) Bkz. Y.3.CD.30.11.1993, E.1993/11595, K.1993/15592 (YKD. Şubat 1994, C.20, s. 2, s. 298-299). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz.; Y. G. CD. 7.4.1994, E. 1994/2793, K. 1994/3060 (YKD. Temmuz 1994, C. 20, S. 7, s. 1180).

(40) KUNTER, a.g.e., s. 1053.

(41) KUNTER, a.g.e., s. 1058.

(42) Örnek olarak Sıkı yönetim Kanunu'nun gerek değişiklikten önceki 23. maddesinin metni gerek bu 23. maddenin 27.12.1993 tarih ve 3953 sayılı kanunun 1. maddesiyle yapılan değişiklikte böyle bir hükme yer verilerek problem halledilmiştir (RG. 30.12.1993, S. 21849, s. 4). Ayrıca bkz: TCK'da değişiklik yapan 3506 sayılı Kanun. Geçici m.1; Hakimler Kanunu. Geçici m.7; 12.6.1979 tarih ve 2248 sayılı kanun. Geçici m.1; 1412 sayılı CMUK. Geçici B. maddesi.



konulmaması halinde, gerek doktrinden gerek o normu ihtiva eden kanunun yürürlük tarihinden yararlanarak probleme çözüm getirmek kolay olmamaktadır. Nitekim son zamanlarda uygulamamızda benzer bir problem, 17.7.1964 t. ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 140. maddesinde 6.5.1993 t. ve 3910 sayılı Kanunun 1. maddesiyle yapılan değişiklik üzerine ortaya çıktı. Bu değişiklikte de, kanunkoyucunun geçiş dönemi ile ilgili olarak geçici hükümler sevkedilmemesi uygulamamızda büyük kargaşaya ve farklı uygulamalara yol açtı<sup>(43)</sup>. Gerek bu örnekte gerek inceleme konumuz olan kanun değişikliğinde, problem, geçici hükümlerle çözümlenmeliydi.

Olayımızda, problemin çözümüne ilişkin olarak kanunkoyucu tarafından geçici hükümler sevkedilmemesine rağmen, aksi bir uygulama büyük haksızlıklara yol açacağı için, yeni norm temyizde bir bozma sebebi sayılarak, sanık "zorunlu müdafilik" kurumundan yararlandırılmalıdır.

İnceleme konusu probleme ilişkin olarak "zorunlu müdafilik" kurumu ile ilgili olmamakla birlikte, Yine 3842 sayılı kanunla getirilen "yasak sorgu yöntemleri"ne ilişkin yeni normların (CMUK.m. 135/a), zaman bakımından uygulanmasına ilişkin Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Kararı<sup>(44)</sup>ndaki çoğunluk üyelerinin düşüncelerinin yerinde olduğu düşüncesindeyim.

Bu kararda özet olarak; "CMK (CMUK)'nunda, bu yasanın zaman bakımından uygulanmasına dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi, 3842 sayılı değişiklik yasasında da bu konuda bir düzenleme yer almamıştır. Yeni çıkan 3842 sayılı yasanın "Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer" şeklindeki 32'nci maddesi de sorunu çözmeye yeterli değildir. Konu doktrinde ve içtihat kararlarında da tartışılmış ve her yeni Usul Kanununun özellikle kamu düzenini ilgilendirmesi ve karine olarak da sanık lehine olacağı nedeniyle geçmişteki işlemlere de (davanın derdest olması koşuluyla) uygulanacağı (yani, makabline şamil olacağı) kabul edilmiştir..."<sup>(45)</sup>. Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun bu kararı ceza yargılaması kurallarını zorlasa dahi, yukarıda belirtilen sebeplerle burada derhal uygulama prensibine bir istisna getirmek zorunluluğu vardır ve Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun kararı hukuka uygun ve yerindedir. Çünkü normlar yorumlanırken bu yorumların hukukun genel ilkelerine aykırı düşmemesi ve normun konuluş amacının gözönünde tutulması gerekir.

(43) Daha önce, belirtilen hüküm nedeniyle bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, kişiye bir "ihtar"ın yapılması gerekiyordu. Yapılan değişiklikte bu "ihtar" koşulu kaldırıldı ve fakat, önceki düzenlemeye güvenerek, yeni normun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kanuni bildirimde bulunmayanlar açısından yeni normun nasıl uygulanacağına ilişkin bir geçiş hükmüne yer verilmedi. Bugün bu yeni düzenleme yerel mahkemelerde farklı şekilde uygulandığı gibi, birçok haksız sonuçlara da yol açmaktadır. Örnek olarak bkz; Y.9.CD. 19.1.1994, E.1993/5485, K.1994/90 (YKD. Nisan 1994, C. 20, S. 4, s. 686-688).

(44) As.Y.Drl.Krl.K.10.12.1992 t. ve E. 1992/119, K.1992/140. (İBD. İstanbul 1992, C. 66, s. 10-11-12, s. 910-916.

(45) Bkz.As.Y.Drl.Krl.K.10.12.1992 t. ve E.1992/119, K.1992/140 (İBD. İstanbul, 1992, C. 66, S. 10-11-12, s. 911-912).



Yukarıda değindiğim ve her ikisi de 3842 sayılı yasanın geçici hükümler sevketmemesinden kaynaklanan problemlerde, yeni normların ihtilaf konusu olaylarda uygulanmaları gerektiği düşüncesindeyim.

### YARARLANILAN KAYNAKLAR

1. ANSAY Sabri ŞAKİR. Hukuk Yargılama Usulleri, 4. Bası, Ankara 1950.
2. CENTEL Nur Başar. Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.
3. DOĞAN Y.Hakkı. Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma. İstanbul 1994.
4. DONAY Sühely. İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982.
5. DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.I, 11. Bası. İstanbul 1994.
6. EREM Faruk. Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara (tarihsiz).
7. İÇEL Kayıhan-DONAY Sühely. Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, 2.Bası, İstanbul 1993.
8. KUNTER Nurullah. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Bası, İstanbul 1989.
9. ODYAKMAZ A.Nevzad. Notlu-İçtihatlı-Gerekçeli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, İstanbul 1993.
10. ÖNDER Ayhan. Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
11. ÖNDER Ayhan. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Mevzuat-Özet Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1991.
12. ÖZEK Çetin. İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar (Henüz yayınlanmamış makale).
13. ÖZTÜRK Bahri. Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Bası, Ankara 1991 ve 3. Bası, Ankara 1994.
14. ÖZTÜRK Bahri. Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. Bası Ankara 1994.
15. POSTACIOĞLU İlhan E. Medeni Usul Hukuku Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1970.
16. SELÇUK Sami. Karşı Oy Yazısı. (Y.CGK. 19.10.1992, E. 1992/5-260, K. 1992/283; İBD. İstanbul 1993, c. 69, s. 10-12, s. 748 vd).
17. TANER M.Tahir. Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul 1953.
18. TOSUN Öztekin. Türk Suç Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1984.
19. TOSUN Öztekin. Suç Muhakemesi Hukukunda Eski Muhakeme Kanununun Uygulanmasına Bir Örnek (YD. 1985, C.11, S. 1-2, s. 156-160).
20. ÜSTÜNDAĞ Saim Medeni Yargılama Hukuku, c: I-II, 5.Bası, İstanbul 1992.
21. ÜSTÜNDAĞ Saim-ALANGOYA, Yavuz. Son Değişikliklere Göre Açıklamalı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 2. Bası, İstanbul 1987.
22. YURTCAN Erdener. Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1994.
23. YURTCAN Erdener. Memurların Yargılanmasında Suç Vasfının Değişmesi-Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının İncelenmesi (İBD, İstanbul 1994, c. 69, S. 10-12, s. 743-744).
24. YURTCAN Erdener. CMUK El Kitabı, İstanbul 1994.