

CEZA USULÜNDE KESİN HÜKÜM

Yazan : Prof. Dr. Faruk EREM

I. Kesin hükmün esası :

Kesin hüküm (1) hakkındaki nazariyelerin pek çoğu hukuk usulünde yer almaktadır. Bununla beraber hususî hukuka ait bilgilerin ceza hukukuna nakledilmesindeki güçlüğü bilhassa rastlanan sahalardan biri de bu konudur (2). İki usul dalı arasındaki farka aşağıda temas edilmiştir. Kesin hükmün, diğer bir deyimle «hâkimin verdiği hükmün değişmezliği» nin (veya diğer bir deyimle dokunulmazlığının) esası müşahhas bir hâdisede hukukun belirliliğinde toplanır.

Kesin hüküm «objektif hukuk» u yaratmaz, onu müşahhas hale getirir. Saner'in fikrine göre hukuk kesin hükümle tahakkuk eder, kesin hüküm hukukun tahakkukunun kat'i varış noktasıdır (3).

Mücerret olarak hukukun belirli olup olmadığından tereddüt edilebilir, fakat aynı tereddüt kanunun bir hâdiseye tatbikinde mevcut olmamalıdır. «Olayın hukukî durumunun tesbiti bu demektir.

-
- (1) Kunter, kesin hüküm terimi yerine «htilâfın yargılanmış olmasının otoritesi, (yargı otoritesi) denilmesini» tercih etmektedir, bk. Kunter (Usul...), n. 148. Tarihçe için bk. Rocco Trattat della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale, I, (Modena 1904), sh. 1.
 - (2) Antonio (Gismondi), La cosa giudicata penale (Torino, 1935), s. 3, n. 1; Hukuk usulü yönünden özlü bilgi için bk. Gürdoğan (Burhan), Medenî usul hukukunda kesin hüküm itirazı, Ankara 1960; bk. Hébfaut (P.) L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Paris 1929.
 - (3) Silger (.den naklen), L'indipendenza del pubblico ministero (Studi in memoria di F. Crispigni, Milano 1956), s. 602; bk. Toulemon-Blin, Le respect de la chose jugée, (Paris, 1939), ss. 22.

Yargı mücerret olan kanunun müşahhas olaya uygulanması demek olduğundan doktrinde çok defa özel kanun (lex specialis) diye adlandırılmaktadır» (4). Bir bakıma kesin olan hüküm değildir, muayyen safhalardan geçen yargılamanın en sonunda hâkimin verdiği emrin değişmezliğidir. Bunda hukukun hâdiseye tesbitindeki belirlilikten de fazla bir şey vardır : Artık çekişme bitmiştir. Kesin hüküm her kusurdan temizlenir, bu bir din, insanca adaletin dinidir (5); ona dine inanır gibi inanılmalıdır. Diğer taraftan «hukuk güvenliği» ancak kesin hükümle sağlanabilir. Kesin hükme saygı mecburiyeti, yalnız idare edenleri ve edilenleri değil, kanun koyucu dahi bağlar (6). Bu anlamda kesin hüküm aynı zamanda bir «Anayasa müessesesi» dir (Anayasa 132) (7).

Suç ile sosyal huzur bozulmuştur. «Adalet» beklenmektedir. Bu bekleyişi ancak kesin hüküm karşılar.

Kesin hükmün değişmezliği cezanın muhakkak oluşu ile alâkalıdır. Kesin hükmün değişmezliği kabul edilmemiş olsa idi, adaletten şüphe devam edecek, bu ise cezanın muhakkaklığını azaltan sebeplerden biri olacaktı.

Kesin hükmün «şekli mânası» diye anılan (cosa giudicata in senso formale) anlamı ile kesin hükmün maddi muhtevası arasında fark görülmektedir. Şekli mâna, daha ziyade «dâva münasebeti»

(4) Kunter (Usul...), n. 150, II.

(5) Rocco (cosa giudicata), II, s. 243 Leone III, s. 322; bk. Angioni (Mauro), Nozione e limiti della cosa giudicata penale, Rivista penale, 1954, s. 513.

(6) Duguit, II, ss. 227.

(7) «Ceza dâvası açılmadan evvel hukuk mahkemesince verilen ve kesinleşen yaş tashihi kararından sonra ceza mahkemesinde yeniden yaş tashihi cihetine gidilemez. Bu hususta ancak muhakemenin iadesi mümkündür. Kesin hüküm, Anayasanın 132. maddesi gereğince diğer mahkemeleri de bağlar» (CGK. 19.11.1962, 48/44). Bu karar kesin hükmün hukukî mesnedini Anayasanın 132. maddesine irca etmekle bir hususiyet arz etmektedir. Diğer taraftan mahkemelerin kararlarının bir birini bağlamıyacağı yolundaki kanaat dahi bu kararda reddedilmiştir. Karar isabetlidir. Zira sanık her iki dâvada da aynı şahıstır, bu sebeple kesin hüküm nazariyesi bakımından şahısların aynı olması şartı tahakkuk etmiş olmaktadır. Mevzu gelince, hukuk mahkemesi kararının konusu ile ceza dâvasında yapılmak istenen yaş tashihi aynı konuyu teşkil etmektedirler. Esasen HMUK. nun 237. maddesi hükmü farklı bir sonuca varmağı mümkün kılmaktadır.

kavramını ilgilendirir. Bu anlama göre kesin hüküm artık değişmeyecektir, ne onu veren hâkimin, ne de kanun yolları imkânlarını tüketmiş - dâva süjelerinin hükmü değiştirmek imkânları kalmamıştır. Çünkü dâva münasebeti artık sona ermiştir. Kesin hükmün maddî muhtevasına gelince bu muhteva, hükmün dış âlemde doğuracağı değişiklikte kendini gösterir, mahkûmiyet halinde hükümlü meselâ hürriyetini kaybedecek, beraat halinde zan ve şüphe altında olanın durumu tamamile değişmiş olacaktır. Bu konu şöyle de izah edilmektedir. Dâva münasebeti sona ermiştir, bundan sonra yeni bir münasebet başlamıştır, bu «infaz münasebeti» dir (8). «Kesin hüküm tâbirini maddî mânada kesinliğe hasretmenin» daha doğru olacağı görüşünde (9) isabet vardır.

II. Kesin hükmün hukukî mahiyeti hakkındaki nazariyeler :

Kesin hüküm üzerindeki tartışmalar «haksız hüküm» lerin de mevcut olabileceği endişesinden gelir. «Hukukî düşüncede masum olduğu halde mahkûm edilmiş şahıs mevcut olamaz» yolundaki Kelsen'in mütalâası (10) konuyu çözmüş değildir. Bu itibarla kesin hükmün hukuk yönünden bir izahına mutlaka ihtiyaç hissedilir.

Kesin hükmün hukukî mahiyetini izah eden çeşitli nazariyeler vardır (11) :

a) **Adli mukavele benzeri nazariyeler** : Taraflar dâva yoluna gitmekle âdeta bir mukavele akdetmişler ve hâkimin vereceği hükme riayet mecburiyetini kabul etmişlerdir.

(8) Ksz. Cavallo, Sentenzo penale (Napoli, 1936), s. 517, nt. 1; Antonio (Gismondi), s. 3, n. 2; Gürdoğan (Burhan), Medenî usul hukukunda kesin hüküm itirazı (Ankara 1960), s. 13 «şekli mânada kesinlik, kazâî bir kararın, gerek tarafların âdi kanun yollarına müracaatı üzerine ve gerekse resen değiştirilmemesi vasfıdır»; bk. Ansay, s. 14; bk. Rocco (cosa giudicata...) ss. 211.

(9) Gürdoğan, s. 15.

(10) Kelsen, Teoria generale del diritto e dello stato, s. 139; bk. Leone (Trattato... 1961), III, s. 324, nt. 10.

(11) Bu nazariyeler için bk. Leone (Trattato... 1961), III, s. 324; Kunter (Usul...), nn. 149; Rocco (cosa giudicata), I, ss. 251.

Hukuk usulünde dahi tenkid edilen bu nazariye (12) ceza usulünde hiç bir suretle kabul edilemez. Zira adli bir mukavele, ancak şahısların tasarruf edebilecekleri hak için mümkündür. Halbuki ceza dâvasında tasarrufu imkânsız haklar bahis konusudur. Kaldı ki sanığın ceza mahkemesine verilmesinde, onun iradesine bağlı, mukaveleye benzeyen hiç bir şey yoktur.

b) **Karine nazariyesi** : Kesin hükmün bir hakikat karinesinden faydalandığı, ortada aksinin isbatı mümkün olmayan - muhakemenin iadesi hariç - kanunî bir karinenin bahis konusu olduğu ileri sürülmektedir. Fakat karine ancak «hukuk tekniği» olarak kabul edilebilir, mesele böyle bir tekniğe neden başvurulduğudur. Bu sebeple karine nazariyesi, kesin hükmün esasını açıklayabilen bir nazariye sayılamaz.

c) **Nasafet nazariyesi** : Bu nazariyenin esası, «non bis in idem» kaidesine dayanır. Bu kaide siyasal-anayasal bir kaide sayılmalıdır. Zira, süresiz bir mes'uliyet tehdidi-Damokles'in kılıcı gibi-haklı değildir. Sürekli bir azap ve endişeye hukukî bir müessese denilemez. Fakat «non bis in idem» i daha ziyade kesin hükmün sonucu saymak doğru olur. Bu hususa ilerde dönülmüştür.

ç) **Adaletin izafiliği nazariyesi** : İnsanca (beşerî) adalet mutlak değildir, ikinci defa verilecek hükmün birinci hükmünden daha âdil olduğu iddia edilemez. Bu sebeple «hukukun belirliliği prensibi» gerçekleşmelidir. Bir hükmün haksızlığının muhtemel oluşu, hukukun belirsiz kaldığı bir rejimden daha az mahzurludur. Uzlaşılması imkânsız mutlak bir adalet uğruna, izafi, hudutlu, fakat mümkün bir adaletten vaz geçilemez.

d) **Devlet iradesi nazariyesi** : Kesin hüküm ancak sosyal yönden izah edilebilir. Zira hüküm, müşahhas bir hâdisede «kanun iradesi» nin ne olduğunu gösterir. Hâkim, verdiği hükümle kanun iradesinin bir hâdisede neden ibaret olduğunu ortaya koymuştur. Hâkim, mantığında yanılmış olabilir, kesin hüküm bu yanlışlığı, diğer bir deyimle «hükmün gerekçesi» ni kapsamaz, bu mantık, kesin hükümden sonra da tartışılabilir, kesin olan kanunun irade ettiği sonuçtur, bu değişmez. Ortada iradenin resmî beyanı, otoritenin emri vardır (13). «Dâvaların bir sonu olmak lüzumu» aşikârdır (14).

(12) bk. Gürdoğan, s. 30; Rocco (cosa giudicata...), I, s. 253, m. 131.

(13) bk. Leone (...1961), III, s. 326, nt. 17; Kunter (Usul...), n. 149, I,

e) **Kesin hükümde ifrat** : Kesin hükme bağlılık uğruna haksızlığı kabulün mânasız bir şey olduğunu ileri sürenlere göre bir hüküm yanlışlığı anlaşılırsa onun herhangi bir yolla düzeltilmesi «hukuk güveni» ni sarsmaz, «sosyal huzur» u bozmaz. Esasen «muhakemenin yenilenmesi» (= iadei muhakeme) müessesesi bunu teminatlı şekilde sağlamaktadır. Fakat her halde isabetli bir usul siyaseti, kesin hüküm ile muhakemenin yenilenmesi sebepleri arasında ölçülü ve makul bir denge sağlamalıdır.

Kaldı ki bazı tedbirlerin geri alınması, müddetlerinin kısaltılması gibi hükümler (bk. TCK. 53, 54, 46), deneme süresi sonunda «mahkûmiyetin esasen vâki olmamış» sayılmasını sağlayan «tecil» (TCK. 95), hattâ cezanın infazında «tedrici serbesti sistemi», bir bakıma şartla salıverme (TCK. 16), af (TCK. 97, 98) kesin hüküm kavramının ifratlı anlayışı ile bağdaşamaz. Fakat bu konuların «kazâ» değil, «idarî tedbirler» olduğu, bu sebeple kesin hüküm kavramı dışında kaldıkları yolunda izahlara da rastlanmaktadır (15).

III. Cezada, hususî hukukta kesin hükmün farkı :

1) **Klâsik anlayış** : Umumiyetle hukuk usulündeki kesin hüküm ile ceza usulündeki kesin hüküm farklı sayılır. Hukuk usulünde kesin hüküm izafi, ceza usulünde kat'î telâkki olunmaktadır. Zira, cezada kesin hüküm toplumu temsil eden savcının vicahında, onun 'da katıldığı bir dâvada ittihaz olunmuştur. Bu itibarla herkese şâmil, umumî bir kesin hüküm bahis konusudur. Hukuk usulünde ise ihtilâfın konusu, iki şahıs arasında, karara bağlanmıştır. Ceza usulünde isnad altında olan bir şahsın (sanığın) suçluluğu iddiası vardır. Ceza dâvasında karşılaşılan sosyal ve kamu vasfında menfaatlerle sanığın haklarıdır. Ceza usulünde şu veya bu şahsın dâvası değil, bütün toplumun dâvası görülür (16).

Fakat bu fikir neticede hususî hukuk ile kamu hukuku arasındaki farkı izah eden fikirden başka bir şey değildir. Halbuki hukuk

(14) Kunter (Usul...), s. 173; bk. Taner (Usul...), ss. 100.

(15) bk. Kunter (Usul...), n. 149, III; Angioni (Mauro), *Nozione e limiti della Cosa Giudicata penale*, Rivista penale, 1954, s. 513.

(16) Guarneri (Giuseppe), *La cosa giudicata penale rispetto aiterzi*, Rivista italiana di diritto penale, 1941, ss. 313; bk. dei magistrati, 1962, n. 2, ss. 100.

usulünün, hususî hukukun bir dalı olmadığı, onun kamu hukuku vasfının inkâr edilemeyeceği kanısı halen doktrinde en doğru sayılan bir anlayıştır. Hukuk usulünde şahısların dâva yoluna gidip gitmemekte serbestçe karar vermelerine rağmen bu yola gitmeğe karar verirlerse dâvanın usulünü kendi aralarında tesbit yetkisine sahip değildir. O halde ceza usulünde kesin hüküm ile hukuk usulünde kesin hüküm arasındaki fark nasıl izah edilecektir ? Bu husus, şu soruyu gerektirmektedir. Gerçekte böyle bir fark var mıdır ?

2) **Ortalama anlayış** : Hukuk usulünde kesin hükmün, dâvanın taraflarına tesir edeceği, taraflardan gayrisini bağlayamayacağı yolundaki etkisi (menfi etki) yanında, muayyen bazı üçüncü şahıslara olan etkisi (müsbet etki) yer alır. Görülüyor ki bu anlayışta, hukuk usulünde kesin hükmün etkisini genişletmek imkânı bir kaide (= menfi etki) ve buna bir de istisna (= müsbet etki) kabulü suretile sağlanmak istenmektedir. Kesin hükmün etkisinin bu suretle genişletilmesi için kabul edilen şart üçüncü şahsın hukukî durumunun tarafların hukukî durumuna bağlı (tâbi) olması şartıdır.

Görülüyor ki bu anlayış ortalama bir anlayıştır, çünkü hukuk usulünde kesin hüküm etkisinin taraflara münhasır kaldığını kaide olarak kabul etmektedir. Yine bu anlayışa göre istisnaî etki, usul hukukundan değil, maddî hukuktan gelir. Zira etkinin genişletilmesi için kabul edilen şart (tâbi olmaklık şartı) maddî hukuka aittir. O halde istisnaî etki usul hukuku dışında bir etkidir (17).

3) **Farkı kabul etmeyen anlayış** : Kesin hükmün yalnız taraflara inhisar ettiği yolundaki bir tahdit gerçekte mevcut değildir. Kesin hüküm hangi «dâva münasebeti» hakkında ise o münasebet bakımından mutlaktır, bu mutlak etki, dâvanın süjesi olmak ile üçüncü şahıs olmak ile üçüncü şahıs olmak bakımından fark göstermez. O halde kesin hüküm etkisinin, doğrudan doğruya veya dolayısıyla veyahut mutlak veya izafi etkiler diye ayrımlara bağlanması doğru değildir. Kaldı ki süje bakımından da kesin hükmün etkisi sınırlıdır, bu etki, kesin hüküm ile çözülen konuya bağlıdır (18).

(17) Betti, Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano, Guarneri (-den naklen), s. 316, nt. 1.

(18) bk. Guarneri, ss. 316.

4) **Farklı kesin hükmün çeşidinde bulan anlayış :** Bu anlayışa göre usul hukukunun bütün kollarında bazı kesin hükümler vardır ki onların üçüncü şahıslara da etkisi vardır, bazı kesin hükümlerin ise böyle bir etkisi yoktur. Bu fark, kesin hükmün mensup olduğu usul dalının mahiyetine, hukuk usulü veya ceza usulü oluşuna bağlı değildir. Ceza dâvalarında savcının bulunuşu, savcının kamuyu temsil ettiği ve bütün üçüncü şahısların da bu itibarla ceza dâvasının taraflarından olduğu düşüncesi de bu konuyu halletmez. Bu açıdan cezada kesin hükmün etkisi pek umumî anlamda da ele alınmıştır. Dar mânâda etki, kesin hükmün konusuna göre değişir. Örneğin, bir «ticarî sened» in sahteliğine karar verilmiş olsa bu dâvada sanık olmayan fakat senette imzası bulunanlara ve hattâ diğer üçüncü şahıslara senedin sahteliği hakkındaki kesin hükmün etkisiz kalacağı iddia edilemez, bu yoldaki kesin karar bu sened dolayısıyla bir hak iddia eden her şahsa şâmil sayılacaktır. Aynı şekilde ceza mahkûmiyetlerinden bazıları «kanunî mecburiyet» i, «muayyen bir meslek ve sanatın icrasının tatili» ni gerektirir. Bunlara çarpılanlarla âkit yapmış (meselâ kanunî mecburiyet halinde bulunan şahıs ile bir mukavele akdetmiş) olan kimse, butlan bakımından, kendisinin ceza mahkûmiyetine nazaran üçüncü şahıs olduğunu iddia edebilir mi? Esasen kesin hükmü taraflara inhisar ettirmediği izah eden sebep, daha mutlak haklar karşısında değerini kaybeder (19). Dâva konusunun «suç» teşkil etmediğine dair verilen kesin hükümden üçüncü şahısların istifadesi de böyle izah edilmelidir. İddia edilen fiilin işlenmemiş olduğuna veya bu suçun dâvayı düşüren objektif bir sebeple (meselâ dâva zamanaşımı) düşmüş olduğuna dair kesin hükümden sonra bu suçun ortağı olarak yakalanan kimselerin kesin hüküm def'inin kabul edileceği tabiidir (20).

(19) kşz. Guarneri, ss. 336.

(20) Angioni, s. 517, h; Yargıtayın içtihadına göre «yasak silâhlardan sayılması gereken saldırmayı bulundurmaktan hakkında açılan kamu dâvası beraat ile neticelenen sanığın annesinin bu suçtan beraat etmesi ve saldırmamanın kendisine iadesine karar verilmiş olması sebebiyle, dosyada mevcut ve saldırmamanın yasak silâhlardan olduğunu bildiren Adli Tıp raporuna rağmen, sanık hakkında da beraat kararı verilmesi, TCK. nun 45. maddesine uygun sayılmıştır» (CGK. 17.12. 962, e. 81, k. 80). Bu kararında Yargıtay konuyu «evvelki dâvanın sanığı olan ana ikinci dâvanın sanığı oğlun aynı evde beraber otur. malan dolayısıyla» ikinci dâvanın sanığının evvelki beraat kararını

Bu konuda tereddütlü anlayışlar yok değildir, hakkındaki ihbarın iftiradan, şahadetin yalandan olduğu sübuta erdiğinden be-
raat eden kimseden sonra müfteri veya yalancı şahit hakkında açıl-
an dâvada ihbar veya şahadetin konusunun bu ikinci dâva dolayısı-
le yeniden bir hükme bağlanmasına evvelki kesin hüküm mâni teşkil edecek midir? Hâkimin evvelki hükümle bağlı olmadığını ileri sürenler olduğu gibi ikinci dâvada yalnız suçun «manevî un-
suru» üzerinde durulabileceğini kabul edenler de vardır. Her halde bu ikinci anlayış daha doğrudur, aksi takdirde zıt kesin hükümlerle karşılaşılacaktır (21).

IV. Kesin hükmün sonuçları :

Kesin hüküm, hükmün bir «unsur» u olmadığı gibi bir «sonuç» u da değildir, onun bir «vasfı»dır (22). Kesin hüküm haline gelmekle hüküm değişmez olmuştur. Sonuçlar bu değişmezlikten gelenlerdir ve şunlardır : Zorunluluk, infaz ve non bis in idem. Bununla beraber her hüküm kesinleşmiş olsa dahi, «kesin hüküm» e elverişli değildir. Bir dâva şartının mevcut olmadığı hakkındaki hükümler böyledir (23).

1) **Zorunluluk** : Dâva süjeleri için kesin hükme uymak gereklidir (24). Evvelce verilmiş bir kesin hükmün bir başka mahkemeyi

bilmesi hasebile bu aleti taşımanın suç olmadığı kanaati ile hareket ettiği, bu sebeple «suç kasdı» olamayacağı neticesine varmıştır. Bu konu, başka açıdan da ele alınabilirdi. Bir başka sanık hakkında evvelce kesinleşmiş bir hükmün sonradan açılan dâvanın sanığına-ki birinci dâvaya nazaran üçüncü şahıstır- tesiri ceza usulü hukukunda üzerinde durulan konulardandır. Kesin hüküm, suç konusu olduğu iddia edilen hususu böyle saymamış ise burada ikinci dâvanın sanığının suçsuzluğunu kabul için «kesin hüküm» ün mevcudiyeti kâfi sayılmalydı.

(21) bk. Angioni, s. 519; kşz. Gennaro, Estensione e limiti dell'efficacia del giudicato penale nel giudizio civile, giust. Penale 1954, VIII, s. 357 (Nota).

(22) bk. Cavallo (Sentenza...), s. 519.

(23) Angioni, s. 515, e.

(24) kşz. Kunter (Usul...), n. 148.

ne derecede bağlayacağı, önmesine, delillerin takdiri konuları ile ilgilidir. Kesin hükmün aynı suçun, hükümde nazara alınmamış diğer faillerine tesiri yoktur, evvelki failler hakkında kesin hüküm ile «dâva münasebeti» sona ermiş ise de o hükümde nazara alınmamış olanlar için aynı şey söylenemez. Fakat evvelkiler hakkında verilen hüküm fiilin suç olmadığı veya işlenmediği gibi ithamın esasını kaldırmış ise diğer sanıklara bu hükmün tesir etmeyeceği de düşünülemez. Fakat bu tesir itham makamını, evvelki hükmün bağlamış olmasından gelen, dolayısı ile tesirdir. Aynı şey, dâvayı düşüren bir sebebi kabul eden kesin hüküm için de söylenebilir.

Diğer bir deyimle kesin mahkûmiyet hükmünden sonra aynı fiilden dolayı aynı şahıs hakkında yeniden dâva açılmaz. Fakat aynı fiilden dolayı, diğer failler hakkında kamu dâvası açılabilir. Bununla beraber evvelki hükümde mahkûm edilen şahıstan başka bir şahsa yapılan atfı cürmü reddeden bir kesin hükmün bu şahıs hakkında bilâhare dâva açılmasına mâni olabileceği de düşünülebilir. Fakat süjeler bakımından aynıyet mevcut olmadığından bu hususta kat'î bir kaide konulamıyacaktır. Buna mukabil bir sanık hakkında, işlendiği iddia edilen fiilin kimse tarafından işlenmediği veya işlenen fiilin esasen suç teşkil etmediği hakkındaki bir kesin hükmün diğer şahıslar hakkında dâva açılmasına mâni olacağı tabii görülmelidir.

2) **İnfazın gerekmesi** : Kaide, yalnız kesin hükmün infaz edilebileceği ve hüküm kesinleştikten sonra da infazın geri bırakılmıyacağıdır (25). Bununla beraber Usul Kanunu istisnaî bazı ahvalde infazın bekletilebileceğini kabul etmiştir.

Kanun «mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe icra olunmaz» kaidelerini CMUK. 395) «infaz şartı» başlığı altında ifade etmiştir. Kesin hükmün biri menfi, diğeri müsbet iki etkisi bulunduğu, menfi etkinin «dâva hakkı»nın sona ermesi, müsbet etkinin de «infaz hakkı»nın doğuşu olduğu ileri sürülmüştür (26).

3) **Non bis in idem** : Kanun, kesin hükme bir «hakikat karnesi» tanımıştır, bu karinenin «hakikat»ın kendisinden daha kuv-

(25) bk. Cavollo, La Sentenza penale (Napoli, 1936), s. 514.

(26) Garraud (instruction...), VI, n. 2238.

vetli olduğu, akıl ve insanlığa dayandığı ileri sürülmektedir (27). Bir hüküm verildikten ve kesinleştikten sonra sanık, bu hüküm ile ister beraat etmiş, ister mahkûm olmuş bulunsun, aynı «fiil» den dolayı yeniden muhakame edilemez, hattâ fiilin «suç vasfı» değişik olarak düşünülse veya cezaya tesir eden kanunî bir sebebin mevcut olduğu ileri sürülse dahi muhakeme tekrarlanamaz. Kesin hüküm dâvayı düşüren bir sebep değildir, ona son veren bir sebeptir (28). Sona ermiş bir şeyin yeniden var olmaması tabî bir sonuç sayılmadır (29).

Bu suretle ifade edilen «non bis in idem» kaidesinin uygulanması pek çeşitli yönlerden ele alınmalıdır (30).

a) **Sanığın aynı olması** : Kararın taraflarının aynı kimseler olması halinde kesin hükümden bahsedilebileceği hususundaki usul hukuku kaidesi ceza usulünde oldukça basit bir konudur (31). Zira dâvacının durumu (iddia makamı) daima aynıdır, savcılık değişmez (32). Bu sebeple ancak sanığın aynı olmasından bahsedilebilir. Bu ayniyet sanık sıfatı bakımındandır. Bu sebeple başkaca bir sıfatla (meselâ tanık olarak) dinlendiği bir dâvadan sonra sanık sıfatı ile aynı şahsın kamu dâvasında dinlenmesi mümkündür.

Bu konu, suça «iştirak» bakımından bazı özellikler gösterir. Suç ortaklarından biri hakkında hüküm (örneğin beraat hükmü) verilmiş olması bu dâva dışında kalmış diğer ortaklar hakkında bundan sonra kamu dâvası açılmasına engel değildir, mevcut beraat hükmünün ikinci dâva sonunda verilecek hükme tesiri başka bir konudur. Netice şudur ki bir kimse hakkında kesinleşmiş beraat veya mahkûmiyet hükmü aynı fiilden dolayı bir başka şahıs hakkında yeniden dâva açılmasına engel sayılamıyacaktır. Bunun-

(27) Faustin-Hélie, II, n. 978, 9883; bk. Garraud, VI, n. 2259; Angioni, s. 315, d; Rocco (Cosa giudicata...), s. 212, 217, n. 114.

(28) Cavallo (Sentenza...), ss. 176; kşz. Antonio (gismondi), s. 3, n. 2.

(29) Rocco (Opere giuridiche), ss. 176; kşz. Antonio (gismondi), s. 3, n. 2.

(30) bk. Leone (Trattato... 1961), III, s. 339.

(31) bk. Kunter (Usul...), n. 150; Manzini (Trattato...), IV, s. 440; kşz. Roland (H.), chose jugée et tierce oppistion (Paris, 1958), ss. 88 ve 91; Garraud (instruction...), VI, n. 2267, nn. 2293.

(32) Garraud (instruction...), VI, n. 2297.

la beraber bir ceza mahkemesi hükmünün «üçüncü şahıs» lara doğrudan doğruya olmayan etkisi sınırlarını tâyin üzerinde durulacak ayrı ve geniş bir konudur (33). Bu hususta bilhassa «maldan sorumlu» nun durumunu incelemek icap eder. Eğer bir kimse sanık olarak yargılandıktan sonra hukuk mahkemesinde dâvalı olarak tekrar yargılanacak olursa her iki dâvada sıfatı tamamile farklı olduğundan kesin hükümden bahsedilemeyecektir (34). «Maldan sorumlu» kişi için bu düşünce daha fazla haklıdır.

b) **Fiilin aynı olması** : Fiilin aynı olması geniş mânada anlaşılmalıdır. Fiil, maddî mânada aynı olmalıdır. «Aynı fiil» ile «birbirinin aynı olan iki fiil» anlamları farklıdır. Bu itibarla bir fiilden dolayı (örneğin bu fiilin suç sayılmadığı gerekçesile) beraat eden kimsenin hükmün kesinleşmesinden sonra birincinin aynı olan ikinci bir fiil işlemesi halinde evvelki kesin hüküm ikinci fiilden dâva açılmasına engel olamaz, hattâ belki de bu ikinci fiilden aynı şahsın mahkûm olması da mümkündür. Çünkü birinci fiil hakkında yanlış bir hukukî kanaat ikinci fiile meşruluk sağlayamaz (35).

Tek-aynı olan fiilden tekrar dâva açılmıyacağı kaide ise de bir fiilin tek ve aynı olduğu nasıl tâyin edilecektir ? İki ayrı fiil arasında maddî veya manevî unsur bakımından bir bağ mevcut olabilir. Bunlardan biri olan «müteselsil suç» konusu aşağıda ayrıca incelenmiştir. Sadece «irtibat» fiilleri tek hale getirmez.

a') **Aynı olmaklık** : Görülüyor ki bu konuda önemli olan aynı fiilin nasıl tâyin edileceğidir. Kesin hükümle sona eren evvelki dâvanın konusu olan fiil ile sonradan açılmak istenen dâvanın konusu olarak düşünülen fiil aynı ise ikinci dâva açılmıyacaktır. İkinci dâvada, bu fiilin, birinci dâvadan farklı bir tavsife tâbi tutulması engeli kaldırmış olamaz. Örneğin İtalyan Yargıtayı, hırsızlık olarak kabul edilen bir fiilden beraat eden sanık hakkında, aynı fiilin bu kerre suç eşyasını saklamak sayılması suretile yeniden

(33) bk. Roland (H.), chose jugée et tierce opposition (Paris, 1958), ss. 83; kşz. De luca (giuseppe), cosa giudicata, İtalyan Yg. kararına not Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1960, ss. 312; Garraud (instruction...), VI, n. 2296; Angioni, s. 517, h.

(34) Garraud (instruction...), VI, n. 2296; bk. Angioni, s. 520, i. 525.

(35) bk. Garraud (instruction...), VI, nn. 2263.

dâva açılmıyacağına karar vermiştir (36). Aynı şekilde yağmadan beraat eden kimse hakkında, mevsuf hırsızlıktan, hırsızlıktan beraat eden kimse hakkında emniyeti suiistimalden (veya bunların aksi) bilâhare dâva açılmaz. Yine aynı sebeple umumî ceza kanununa giren bir suçtan beraat eden kimse hakkında bu fiilin hususî ceza kanununa giren bir suç olduğundan bahs ile ikinci bir dâvanın açılmasına da imkân yoktur (37). Evvelce verilen beraat hükmünden bahsetmeksizin yeniden şikâyette bulunan dâvacının bu şikâyeti üzerine aynılışlıkla bir hüküm verilmiş ve bu ikinci hüküm mevcut olmayan bir hüküm sayılmak icap eder (38).

b') **Sübjektif unsurda değişiklik** : Suçun manevî (sübjektif) unsuru hakkında farklı bir tavsif «fiil» de bir değişiklik sayılmaz. Bu itibarla kasden adam öldürmekten beraat eden sanık hakkında bilâhare kasdın aşılması (TCK. 452) suretile veya taksirli adam öldürmekten (veya bunların aksi) dâva açılmıyacaktır. Yine aynı sebeple «zimmet» den beraat eden kimse hakkında emniyeti suiistimalden dâvaya gidilemez, zimmet hakkında cereyan eden dâvada, suç vasfında değişiklik ihtarı ile emniyeti suiistimalden hüküm verilmemiş ise, bu husus ikinci dâvanın açılmamasını haklı gösterir.

c') **İçtima** : Bir hâdisede «fikrî içtima» (TCK. 79) halinin bulunuşu fiilde değişiklik değildir. Maddî içtimada ise, fiiller birbirlerinden ayrıdır, bunlar arasında herhangi bir bağın, örneğin bağlantının (irtibatın) bulunuşu bunlardan biri hakkında evvelce verilmiş olan hükmün diğerleri hakkında bilâhare dâva açılmasına engel olamıyacağı tabiidir.

ç') **Toplu suç** : Bir suçun diğerinin unsuru veya şiddet sebebi sayıldığı halleri ifade eden «toplu suç» da (TCK. 78) (39) şu ihti-

(36) bk. Leone (Trattato... 1961), III, s. 342, nt. 43; İtalyan Yg. kararı (Elektrik çalmaktan mahkûm olan kimse hakkında bilâhare istihlak vergisini ödememek suçundan dâva açılmıyacağı, hâdisede bir fiil ile kanunun muhtelif hükmünün ihlâl edilmiş sayılacağı hakkında), Riv. italiana di diritto penale, 1936, s. 577; Aynı mahiyette: Belçika Yargıtay kararı, 4 Kasım 946, Rev. de droit pe. et de crim. 946-947, s. 375; bk. Aloisi, Manuale di procedura penale (Milano 1932), s. 557; bk. Ricca (Fernando), un caso di sentenza giudicamento inesistente, Riv. penale, 1957, n. 10, s. 779.

(37) bk. Leone (Trattato... 1961), III, s. 343

(38) kşz. Ricca s. 780.

(39) Erem (Türk Ceza Hukuku), I, s. 564.

maller üzerinde durulmak lâzımdır : Toplu suç hakkında (meselâ yağma) verilmiş olan hüküm, buna dahil olan diğer suçlar (meselâ hırsızlık ve tehdit) hakkında bilâhare dâva açılmasına mânidir. Toplu suç hakkında değil de onun unsuru olan suç (meselâ sadece hırsızlık) hakkında verilmiş olan hüküm aynı şekilde toplu suç hakkında dâva açılmasına imkân bırakmayacaktır (40).

d') **Müteselsil suç** : Teselsüle dahil olan suçlardan bazılarının kesin hükümden evvel işlenmiş, fakat sonradan meydana çıkmış olmaları halinde bunlar için dâva açılmıyacağı umumiyetle kabul edilen düşüncedir. Zira mühim olan bunların ne zaman meydana çıktığı değil, ne zaman işlendikleridir.

Diğer bir mesele, kesin hükümden evvel, fakat ceza takibi başlaydıktan veya kamu dâvası açıldıktan sonra müteselsil suçun devam etmiş olduğu hallerde konunun nasıl çözüleceğidir. Bu konuda failin hakkındaki takibatı (veya dâvayı) öğrenmiş olup olmadığı önemlidir. Zira hakkında muayyen fiiller topluluğundan takibatın başladığını bilen kimsenin buna devam etmesini «aynı kararın icrası cümlesinden» (TCK. 80) saymak haklı değildir (41). Kaldı ki takibe vakıf olmasına rağmen fiillere devam eden kimsenin suçluluğunun ve tehlikeliliğinin büyük bir derecede sayılması lâzım gelir. Hakkında takibata geçildiğini bilen bir kimsede «suç işleme kararı» parçalanmış olmak gerekir. Hakkında takibin başladığını bilen kimsenin suç kararından vazgeçmesi icap ederdi. Bu düşünce ile şöyle bir neticeye varmak da mümkündür. Kesin hükümden evvel işlenmiş, bundan sonra meydana çıkmış olan fiillerde bir ayırmda bulunmak lâzımdır. Eğer bu fiillerden bazıları hakkında takibatın başladığını öğrendiği andan sonra ve buna rağmen işlenmiş ise bu fiillerin kesin hükümden sonra meydana çıkmış olmaları halinde dahi yeni bir kamu dâvası açılabilir.

Bu düşüncenin «müteselsil suç» hakkındaki nazariyelerin bir kısmı ile bağdaşması pek güçtür. Eğer birden ziyade fiilin müteselsil, fakat tek suç sayılması her fiile verilecek cezanın içtima ettirilmesi ile hasıl olacak cezada ifratı önlemekten ileri geldiği kabul ediliyorsa suçlunun, kanun vazına ait olan bu düşünce ile bir ilgisi olamaz.

(40) kşz. Leone (Trattato... 1961), III, s. 350.

(41) kşz. Leone (Trattato... 1961), III, s. 358; Antonio (Gismondi), s. 6, n. 5; kşz. Garraud (Instruction...), VI, n. 2274; kşz. Angioni (Mauro), Nozione e limiti della cosa giudicata, Rivista penale, 1954, s. 513.

e') **Mütemadi suç** : Kesin hükümden sonra temadinin devamı halinde, bu kısım hakkında yeni bir dâvanın açılmıyacağı iddia edilemez. Bununla beraber şu yolda da düşünülmüştür. Mütemadi suç tek bir suçtur, kesin hükümden sonra da bu temadinin devamı halinde yeni bir ceza vermek «non bis in idem» kaidesine aykırı olur. Zira daima aynı kalan suçun manevî unsuru (suçu temadi ettirmek iradesi) iki defa muhakeme edilmiş olacaktır. Aynı sonuca varan diğer bir düşünce mütemadi suç hakkında farklı bir kanaatten ileri gelir : Mütemadi suçta, temadi, failin iradesinin muahhar bir müdahalesine ihtiyaç göstermeksizin devam eder. Bu itibarla hükme rağmen temadi devam etmiş ise yine suç tek suç olmaktan ibaret kalacaktır (42).

Fakat isabetli düşünce şudur : Mütemadi suçta suç, her an, tekemmül etmiş durumda devam eder. Kesin hüküm temadiyi sona erdirmiştir. Kesin hükümden sonra suça devamın yeni bir suç sayılması umumî hukuk müesseselerini izah eden fikirlerden gelir. Esasen kesin hükmün geleceği de kapsadığını iddiaya mantıkî imkân yoktur. Aksi halde, kesin hükümden sonra, nihayetsizce cezasızlığın devamı hiç bir surette izah olunamaz, temadiyi suçlu değil, kanun kesmiştir.

Diğer bir konu da şudur : Temadiyi kestiği kabul edilen hüküm hangi hükümdür ? Bir anlayışa göre ancak kesin hükmün temadiyi hukuken kesmiş sayılacağıdır (43). Böyle düşünenlere göre kesinleşmeden evvelki hükümlerde kanunî kaidenin uygulanması da kesin değildir, değişebilir. Bu itibarla kesin olmayan hüküm mütemadi suçun tekniğini bozmuş olamaz.

Yukardaki düşüncenin karşıtına inananlar da vardır. Onlara göre kesin olmayan hükümden sonra temadi (örneğin erkeğin zinası) yeni bir mahkûmiyete sebep olmalıdır. Zira henüz kesinleşmemiş olsa dahi mahkûmiyet kararı sanığın işlediği fiilin hukuka aykırılığını ortaya koymuş demektir. Bu fikir daha isabetli sayılmaktadır.

Diğer bir konu, hükümden suçlunun haberdar olup olmadığıdır. Hükümden haberdar olmadığı için fiile devam ettiğini iddia eden suçlu haklı görülecek midir ? Bir fiilin suç olduğunu bilme-

(42) Garraud (instruction...), VI, n. 2273; kşz. Angioni (Mauro), Nozione e limiti della cosa giudicata penale, Rivista Penale, 1954, s. 514.

(43) Manzini (Trattato...), I, s. 614; Leone (Trattato... 1961), III, s. 372, 86; kşz. Antonio (Gismondi), s. 6, n. 5.

menin mazeret olamayacağı ve cezada usul hukuku müesseselerinin âmir hükümlere dayandığı düşüncesile suçlu haklı görülmemektedir (44). Kaldı ki hakkındaki dâva ile ilgilenmeyen suça devamına - bir müddet daha - cezasızlıktan faydalanmasını haklı göstermeğe de imkân yoktur.

f') **İtiyadî suç** : İtiyadî gösteren fiiller topluluğu tek suç sayılır, bu topluluğa dahil olması lâzım geldiği halde hüküm anında meçhul kalmış fiil veya fiiller varsa bunların ayrı bir takibe konu olamayacakları kabul olunur. Hükümden sonrası, gelecek için yeni bir dâva açılabilmesi bu arada itiyadî göstermeğe yetecek kadar fiilin işlenmesini gerektirir (45).

g') **Ayrı-aynı mahiyetteki suçlar** : Birbirlerinden tamamen ayrı, fakat aynı mahiyette olan fiillerden birinin kabili tecziye olmadığı hakkındaki hükmün diğer fiillere teşmil edilip edilmeyeceği de tartışılmıştır. Umumiyetle böyle bir teşmil kabul edilmemekte, hükmün dışında kalan fiillerin cezalandırılmasına, kesin hüküm kavramının mâni olmadığı, böyle bir hareketin «non bis in idem» kaidesile ilgili olamayacağı ileri sürülmektedir. «exceptio rei iudicatae» def'i (= fiil hakkında evvelce hüküm verilmiş olduğu itirazı) hükmün dışında kalan fiillere - sadece aynı olmaklık sebebi ile teşmil edilemez. Zira kesin hüküm, konusu olan fiile bağlıdır.

Bununla beraber fiilin sınırını da çizmek lâzımdır. Eğer şahsa bağlı ve temadi edeceği tabii olan bir hal (meselâ suç unsuru olan şahıs bu sıfatın sanıkta bulunmadığından beraat etmiş olması) bahis konusu olursa aynı şekilde düşünmeğe imkân yoktur. Zira bazı sıfatların ancak bir defa kabul veya reddi düşünülebilir.

h') **Şiddet sebebi** : Şiddet sebebinin mevcut olduğunun veya şiddet sebebinin gösterebilecek delilin kesin hükümden sonra anlaşılması halinde (meselâ basit hırsızlıktan mahkûmiyetten sonra hâdisenin mevsuf hırsızlık olması gerektiğinin anlaşılması) kesin hükmün değiştirilmesi için sebep yoktur.

Bu konu, genel olarak «suç duruları» hakkında ele alınabilir ve sonuç aynı olur. Cezayı azaltıcı kanunî bir sebebi (meselâ âdiyen katilden mahkûmiyetten sonra tahriki) gösteren bir hâdisenin veya cezayı arttırıcı kanunî bir sebebi (meselâ âdiyen katilden mah-

(44) bk. Leone (Trattato... 1961), III, s. 374.

(45) Garraud (instruction...), VI, n. 2273.

kümüyetten sonra taammüdü gösteren pusu kurulmuş olmasının) meydana çıkmış olması asıl fiil hakkındaki kesin hükmü ihlâl etmez, bu «suç duruları» kendi başlarına esasen bir takip konusu da olamazlar (46).

«Suç vasfını değiştirecek sebep» lerin ortaya çıkması halinde de aynı neticeye varmak lâzımdır. Taksirle ölüme sebebiyet vermekten hüküm giyen kimse hakkında kasden öldürmenin delilleri sonradan ortaya çıkmış olsa dahi aynı fiil için yeniden dâva açılmıyacaktır, bir ölüm ile neticelenen kasden yangın çıkarmaktan mahkûm olan kimsenin o şahsı öldürmek için yangın çıkardığının anlaşılması halinde de aynı şekilde düşünmek lâzımdır (47). Bu gibi hallerde ancak «muhakemenin iadesi» düşünülebilir.

c) **Kesin hükmün önleyici etkisi**: Bir suç hakkında evvelce verilmiş ve kesinleşmiş bir karar mevcut ise aynı fiil hakkında yeniden kamu dâvasının açılmıyacağı, açılmış ise verilen hükmün batıl olduğu yolunda açık bir kanun kaidesi mevcut değildir. Usul Kanununun kabul ettiği «kat'i bozma sebepleri» (CMUK. 308) arasına bu halin de ilâvesi doğru olurdu.

Esasen kesin hükmün etkisi hakkında kanunumuz hiç de sarîh değildir. Takibi izne (veya talebe) bağlı suçlarda bu şartın mevcut olmamasına dayanan bir hükmün, şartın sonradan tahakkuku halinde etkisi ne olacaktır? Bu konu, bir dereceye kadar verilecek hükmün «tatil kararı» şeklinde olmasile çözülebilir. Buna mukabil, yanlışlıkla öldü kabul edilen sanığın hükmün kesinleşmesinden sonra hayatta olduğunun anlaşılması halinde kesin hükmün yeni dâvaya engel olduğu ileri sürülebilecek midir? Her halde Usul Kanunumuzda kesin hükmün etkisi hakkında açık kaideler mevcut olmalıydı.

4) **Kesin hüküm def'i**: Kesin hüküm def'i, «dâvanın her hal ve safhası»nda dermeyan edilebilir. Bunda «iptidaî itiraz» vasfı yoktur. Hattâ ilk defa Yargıtay safhasında da ileri sürülebilir. Bu def'i kamu vasfındadır, savcının da bunu dermeyan etmesi lâzım gelir. İleri sürüldüğünde bu def'i hakkında, diğer konulardan evvel, hattâ «vazife» itirazı hakkındaki karardan evvel, karar verilmesi lâzımdır (48).

(46) Garraud (instruction...), VI, n. 2275.

(47) bk. Garraud (instruction...), VI, n. 2276.

(48) Garraud (instruction...), VI, nn. 2263.