

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ HUKUKUNDA MUHAKEMENİN İADESİ BAKIMINDAN MÜŞTEREK SEBEPLER

Doç. Dr. Ayhan ÖNDER

I — MÜŞTEREK ŞARTLAR

Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuzun 327 ve 330 uncu maddeleri tetkik edilince, bu iki madde içinde bazı iade sebeplerinin aynı olduğu görülür. Bunlar 1 den 3 e kadar olan numara içinde gösterilen sebeplerdir. Burada müşterek olan sebepleri birlikte tetkik etmek istiyoruz. Kanunumuz tercüme edilirken, mehzada tamamen birbirinin aynı olan lehteki ve aleyhteki sebepler bize farklı olarak getirilmiştir. Fazla ehemmiyet arzetmemesi sebebiyle, farklı olan noktalara yeri geldikçe temas edecek, fakat prensip olarak 327 ve 330 uncu maddelerin 1 den 3 e kadar olan numaralarında gösterilmiş bulunan sebepleri müşterek iade sebebi olarak inceleyeceğiz. Elbette 327 inci maddede gösterilen sebeplerin mahkûmun lehine 330 uncu maddedekilerin ise aleyhine olduğu meselesi üzerinde fazla durmaya lüzum yoktur.

1 — *Duruşmada ihticac olunan ve hükme tesir eden bir vesikanın sahteliğinin tebeyyün etmesi.*

Müşterek muhakemenin iadesi sebepleri arasında birinci olan ve 327 ve 330 uncu maddenin 1 numarasında esas itibariyle birbirinin aynı olarak tesbit edilmiş bulunan hal, duruşmada ihticac olunan ve hükme tesir eden bir vesikanın sahteliğinin tebeyyün etmesidir. Hükme tesir etmiş bulunan bir vesikanın sahteliğinin anlaşılmış olması ve bunun bir muhakemenin iadesi sebebi olarak kabulü, muhakemenin iadesi şartları arasında en eski olanlarından-
dır (1). Bu sebep Fransız hukukuna ilk olarak 1895 tarihinde gir-

1) Hentig, Wiederaufnahmerecht, Heidelberg, 1930/53.

miştir. 26.11.1865 tarihli İtalyan kanununun 3 üncü fıkrasında «..daha sonra sahteliği anlaşılan bir isbat vasıtasının aleyhe tesir ettiği anlaşılırsa...», 20.11.1864 Rus kanunu da 3 üncü maddesinde «..hükme tesir eden dökümanın sahteliği... anlaşılırsa», 4.12.1896 tarihli Macar kanununun 1 numarasında «mahkûma karşı ikâme olunan ve hakikî olarak telâkki edilen vesikanın sahteliği.. anlaşılırsa» denilmek suretiyle bu sebebe muhakemenni iadesinde yer verilmiştir. 1873 tarihli Avusturya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 353 ve 355 inci maddelerinde vesikanın sahteliğinin tebeyyün etmesi bir muhakemenin iadesi sebebidir.

Kanunumuzun 327 ve 330 uncu maddelerinin tetkik etmekte bulunduğumuz birinci numaralı hükümleri me haz kanunun 359 (399) ve 362 (402) ci maddelerinin 1 nci numaralarına tekabül eylemektedir. Bu numaralar me haz kanunda şimdiye kadar herhangi bir tadile uğramamış olup şu şekildedir: «Duruşmada aleyhe veya lehe hakiki olarak ikame edilmiş bulunan bir vesika sahte olarak hazırlanmış veya tahrif edilmiş ise..» Mehazın bu maddesi, İstanbul komisyonu tarafından ilk tercümede «Mahkûm aleyhine mürafaada ibraz (ihticac) olunan bir vesikanın sahteliği veya sahtelikle tağyir edildiği tebeyyün ederse» şeklinde olup, yapılan müzakere neticesi tesbit edilen metin ise «Mahkûm aleyhine mürafaada ihticac olunan ve hükme müessir olmuş bulunan bir vesikanın sahteliği veya sahtelikle tağyir ve tahrif edildiği tebeyyün ederse» şeklinde kabul olunmuş ve nihaî metin de bunu aynen benimsemiştir (1a). Fıkra daha sonra 1936 tarihinde tadil edilmiş ve «Duruşmada ihticac olunan ve hükme tesir eden bir vesikanın sahteliği tebeyyün ederse» şeklini almıştır. Fıkranın tadili hususunda Adliye Encümeni mazbatası şöyledir: «327 inci maddede gösterilen muhakemenin iadesi haleri arasında (hükme tesir eden bir vesikanın tasni veya tağyir ve tahrifi suretiyle sahteliği) kaydının, yalnız (sahteliği tebeyyün ederse) diye yazılmakla iktifa edilmesi münasip görülmüş ve metinden kaldırılan kelimeler esas itibariyle sahtelik mefhumuna giren vasıflar olduğundan, bunların maddede gösterilmesi lüzumsuz görülmüştür.» (2) Beyan edelim ki, madde metninin bugünkü şeklini me haz kanun gibi anlamak, hem sahte olarak hazırlanmış bulunan ve hem de daha sonra tahrif edilmiş vesika-

1a) Hazırlık çalışmaları, 297, 301, 483.

2) 1.6.1936 tarihli Adliye Encümeni mazbatası, Çağlayan, 690.

yı kapsar şekilde hükmü tefsir etmek gerekir. (3).

«Vesika» tâbirinden neyin anlaşılması gerektiği hususu doktrinde ihtilâflıdır. Bu mefhum maddî ceza hukuku mu, yoksa usul hukuku müessesesi olarak mı anlaşılmalıdır? İki husustan birinin veya diğerinin kabulü farklı netice tevhit eyleyecektir. Usl hukuku müessesesi olarak kabul edildiği takdirde vesika tâbiri, CMUK muzun 242 ci maddesinde gösterilmiş bulunan ve sübut sebepleri olarak kullanılan senetler ve sair evrak, duruşmada okunabilme vasfını haiz olma şartı ile, vesika tâbiri içinde kabul edilecektir. Burada beyan edelim ki, kanunumuzun 242 nci maddesi me haz kanunun 249 (248) inci maddesine tekabül eylemektedir. Me haz kanunda madde vesikalar (Urkunden) ve sair diğer subut sebebi olarak hizmet eden yazılı şeylerden (.. andere als Beweismittel dienende Schriftstücke) bahsetmektedir. Kanunumuzun 242 nci maddesini de me haz gibi kabul etmek gerekir 4). Vesika tâbirini maddî ceza hukuku müessesesi olarak kabul ettiğimiz takdirde bunun neticesi şu olmaktadır ki, Ceza kanununun altıncı babının 4 fıkrası, yani 316 dan 357 inci maddeye kadar olan hükümleri içinde derpiş edilmiş bulunan şeyler «vesika» tâbiri içinde kabul olunacaktır.

Maddede mevcut «vesika» tâbirinin usul hukuku müessesesi olduğunu iddia eden müellifler 5). vesika tâbirini, «yazılı» olma hali içinde kabul ederler ve yazılı olmayan bir şeyi bu maddedeki «vesika» mefhumuna ithal etmezler; zira, yukarda söylediğimiz gibi, ancak okunabilen şeyler CMU hukukuna göre vesikadır 6). Bu sebeple, bu fikri müdafaa eden müellifler CMUK muzun 78 nci maddesinde gösterilmiş bulunan «keşif» müessesesine mevzu olabilecek olan objeyi «vesika» mefhumu içinde mütalea etmemektedirler.

3) Aynı kanaat **Kantar**, Ceza Muhakeme eri Usulü, Ankara 1957/408.

4) Me haz kanunda mevcut «Urkunden» kelimesinin karşılığının «Vesika» olduğunu zannediyoruz. Bu sebeple İstanbul Komisyonunun bu kelimeyi «senetler» şeklindeki tercümesi hatalıdır. Tercüme hatası me haz kanunun ilk tercüme metninde başlamış ve kanunumuz kabul erinceye kadar devam etmiştir.

5) **Von Kries**, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Freiburg 1892/704.; **Ullmann**, B. Die Wiederaufnahme des Verfahrens, Leipzig doktora tezi, 1906/10. **Kohlrausch**, Strafprozessordnung, Berlin, 1930/395, 364.

6) **Neumann**, System der strafprozessualen Wiederaufnahme, Berlin 1932/23.

Diğer ve «vesika» tâbirini maddî ceza hukuku müessesesi olarak kabul edenler ise 7), yazılı olma şartını aramazlar. Bunlara göre tanzim eden kimsenin fikrini ifade eden ve muhtevası itibariyle hukukî münasebette isbat fonksiyonu ifa edebilen her şey, «vesika» tâbirine dahildir. Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi 8) vesikayı, «insanlar tarafından yapılan ve beş his ile telâkki olunabilen, kendi bünyesi dışında bulunan bir vakıanın isbatına elverişli ve bunun için hazırlanmış olan şey» olarak tarif etmiştir.

Yazılı olmayan şeylerin bir fikri ifade etmek için meydana getirilmiş olup olmadığı veya yalnız bir keşif mevzuu bulunup bulunmadığı hususu tetkik edilmelidir 9). Meselâ, ayak izleri, çizme izleri tahrif edilebilir. Fakat bu CMUK nun 327 inci maddesinin 1 numarası sebebiyle değil, 5 numarası dolayısıyla muhakemenin iadesi sebebi olabilir 10). Bundan başka, herhangi bir yazılı vesika duruşmada bir keşif mevzuu olarak tetkik edilmiş olabilir. Bu takdirde de muhakemenin iadesi, 1 numara ile değil 327 inci maddenin 5 inci numarası sebebiyle yapılmalıdır. Meselâ, yazı karşılaştırma gayesi ile yazılan şeyler. Bu takdirde muhakemenin iadesi 1 inci numara ile değil 327 inci maddenin 5 inci numarası sebebiyle yapılmalıdır 11). Maddî ceza hukuku mânasında «vesika» tâbirini kabul etmiş bulunan müelliflerce, vesikanın yazılı olması şart bulunmaması sebebiyle bir fikri ifade eden herşey, meselâ marka, numara kartları, mühür ve buna benzer şeyler de «vesika» tâbirine dahildir 12).

Fıkranın tatbiki bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir husus, vesikada yapılan sahteliğin cezaî müstelzim olup olmadığı meselesidir. Bazı müellifler 13) yapılan sahteliğin cezaî müstelzim

7) **Birkmeyer**, Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1896.; **Gerland**, Der deutsche Strafprezess, Berlin 1927/438.; **Hentig**, 54.; **Löwe - Rosenberg**, Die deutsche Strafprozessordnung für das deutsche Reich, 19. Aufl. Berlin 1934.; **Neumann**, 25.; **Schmidt**, Handkommentar zur Strafprezessordnung, Teil II Göttingen, 1957/1047.; **Walter**, Die Wiederaufnahme des Verhafrens zugunsten des Verurteilten, Erlangen Doktora tezi 1929/24.

8) RG. 34/53. 1. CD. 17/29.12.1900 tarihli karar.

9) **Schmidt**, 1048.

10) **Schmidt**, 1048.

11) **Kohlrausch**, Strafprezessordnung, 24. bası, 1934 Berlin, 351.; **Schmidt**, 1048.

12) **KMR**, 571.; **Löwe - Rosenberg**, 19/974.; **Löwe - Rosenberg**, 20/880.; **Schwarz**, Strafprozesordnung, 16. Aufl., Berlin 1953/445.; **Gerland**, 438.

13) **Kries**, 704.

olması gerektiğini ileri sürerler ve bu lâzımeyle, 327 inci maddenin 2 numaralı fıkrasından istihraç etmeğe çalışırlar. 327 inci maddenin 2 numarasında mevcut «kasten veya ihmal (taksir) ile hakikat hilâfına...» şeklindeki ifade tarzının 327 inci maddenin 1 inci numarasındaki sebebinde, mânevi unsuruna tesir ettiği ve 1 inci numarayı da 2 ci numara gibi anlamak lâzım geldiği kanaatındadırlar.

Diğer bazı müellifler ise, 1 numarada gösterilen «sahteliğin» objektif olarak mevcudiyetini kabul ederler ve ayrıca sahtekârlık suçları bakımından aranması gereken subjektif unsurun mevcudiyetinin lüzumlu olmadığına kânidirler 14) ve vesikanın sahteliğinin objektif olarak icra edilmiş bulunması kâfi olup, bu sahteliğin cezaî müstelzim olması şart değildir 15). CMUK muzun 332 ci maddesi hakkında fikrimizi beyan ederken bahsetmiş olduğumuz üzere 16), 327 inci maddenin 1 numaralı iade sebebinin tatbik edilebilmesi için 332 ci maddenin de uygulanmış olması şart değildir 17).

327 inci ve 330 uncu maddelerin 1 numarasının iade sebebi olabilmesi için kanun, ihticac olunan sahte vesikanın «duruşmada» olması şartını aramaktadır. Beyan edelim ki, metinde mevcut «Duruşmada» kelimesi çeşitli şekillerde dar ve geniş olarak tefsir olunmaktadır. Bazı müellifler 18) kanunun «duruşmada» şeklinde kabul etmiş bulunduğu kelimeyi, ifade ettiği mânadan hareket etmek suretiyle tefsir ederler ve hazırlık veya ilk tahkikatta kullanılmış bulunan sahte vesikayı bu mefhum içinde mütalea etmezler. Hattâ bazı müellifler naip veya istinabe hâkiminin telâkki ettiği sahte vesikanın iade sebebi olamayacağı kanaatındadırlar 19). İddia veya müdafaaya müteallik bir sahte vesika hazırlık tahkikatı sırasında değerlendirilmiş veya kaybolmuş bir vesikanın fotokopisi veya ilk tahkikatı yapmış olan sorgu hâkiminin veya hazırlıkta çalışmış bulunan polisin ifadesi değerlendirilmiş ise, bunlar 327 ve 330 uncu maddenin 1 inci numarası dolayısıyla iade sebebi olamayacaktır. Diğer bazı müellifler ise 20), maddedeki «duruşma» tâbirini geniş

14) Hentig, 60.; Fischer, Voraussetzungen und Beschraenkungen der strafprozessualen Wiederaufnahme, Erlangen doktora tezi, 1934/25.

15) Schmidt, 1048.

16) Bu hususta muhakemenin iadesine konulan kanunî tahditler kısmında verdığımız izahata bakınız.

17) Schmidt, 1048.

18) Neumann, 21.; Hentig, 59.; Erem, Muhakemenin Yenilenmesi hakkında genel bilgiler, AHFD. 1962/21.; Kantar, 409.

19) Neumann, 21.

20) Öner, Ad. Der. 1947/469.

mânada anlamak gerektiği kanaatındadır. Sahteliği tebeyyün eden vesika ilk tahkikatta da ihticaç olunmuş ise, vicdanî delil sistemine dayanan kanunumuza göre, hükümde bu vesikanın yargıcın kanaatına müessir olması halinde 1 inci numara tatbik edilebilecektir. Hattâ bu müellife göre, vesikanın hükmün tesisinde hâkimin kanaatına tesir etmiş olması şartı gerçekleştiği takdirde soruşturmanın herhangi bir safhasında ihticaç edilmiş olması ehemmiyetli değildir.

Yine 327 ve 330 uncu maddelerin 1 numarasının tatbik edilebilmesi için bulunması gereken diğer şart kanunumuzca «..hükme tesir eden...» şeklinde tesbit edilmiştir.

Demekki, ihticaç olunmakla beraber hükme tesir etmemiş bulunan bir sahte vesikaya dayanılarak muhakemenin iadesi, 1 numara sebebiyle mümkün değildir. «..hükme tesir eden...» ifadesi me haz kanunda yoktur. Kanunumuzun tercümesini yapan İstanbul komisyonu ilk tercüümede me haz metne sadık kalmış ve «.. hükme tesir eden..» ifadesine yer vermemiştir. Bu numaranın ve 327 inci maddemizin diğer numaralarının müzakeresi neticesi tesbit edilmiş bulunan metinde ise, «hükme tesir eden» kelimelerinin ilâve edildiği görülmektedir. Beyan edelim ki, bu hususun müzakeresi yapılmadığı için metne giriş sebebini anlamak zordur 21).

Mehaz kanunun 327 (359 - 399) ve 330 (362 - 402) uncu maddelerinde, «lehe» veya «aleyhe» ibraz edilen vesikalardan bahsedilmektedir. Bu sebeple, kanunumuzun ifade tarzı başka olmakla beraber, müessesenin me haz kanun gibi kabul edilmesi gerektiğini zannediyoruz. Yani, sahte olan vesika duruşmada lehe veya aleyhe delil olarak hizmet görmüş ve kendisinden istifade edilmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple, leh veya aleyhe herhangi bir tesiri olmayan, yani hükme tesir etmemiş bulunan bir sahte vesikanın, yalnız ikâme edilmiş olması iade sebebi olamayacaktır 22). Tesis edilmiş bulunan hükmün bu vesikaya dayanmış olup olmadığı meselesini tetkik, mahkemenin delilleri serbestçe takdir edebilme yetkisi içinde mütalea edilmelidir. Muhakemenin iadesi talep eden kimsenin mevcut vesikanın hükme tesir etmiş bulunduğunu isbat sadedinde herhangi bir delil ibraz mecburiyeti yoktur 23). Ancak, mevcut vesikanın hükme herhangi bir tesir icra etmediği kabul edilinceye ka-

21) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlık Çalışmaları, İstanbul 1953/297, 301.

22) Schmidt, 1048.; Hentig, 59.

23) Fischer, 26.

dar, hükmün tesisinde bu vesikadan faydalanıldığı kabul edilmelidir 24).

Vesikanın maddî veya usul hukuku vakıalarının isbatı hususunda hizmet görmüş, olması arasında fark bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir. Hâkim kanaat, sahte vesikanın usul hukuku bakımından ehemmiyetli olan hâdisenin isbatı için istifade edilmiş olmasını ararlar 25). Diğer bazı müellifler ise aksi fikrin doğruluğuna kani olup, maddî ceza hukuku müesseselerindeki sahteliğin de CMUK nun 327 ve 330 uncu maddelerinin 1 inci numarası sebebiyle iade sebebi olacağı kanaatındadırlar. Bunlara göre 26) adlî sicil kayıtlarına yanlışlıkla aynı veya benzer isimle kayıt düşülmüş ve bu sebeple tekerrür hükümlerinin tatbik edilmiş olması halinde muhakemenin 327 ve 330 uncu maddelerin 1 inci fıkrasına göre iadesi mümkün olmalıdır. Fischere göre 27) şikâyet dilekçesindeki sahtecilik de bu sebeple iade konusu olur.

327 ve 330 uncu maddelerin 1 inci numaralarının tatbikinden vesikayı tanzim eden kimsenin cebir veya tehdit suretiyle hakikat hilâfı bir vesika tanzim etmiş olması hali hariçtir. Zira bu halde sahte bir vesika bahis konusu olmayıp, bu vesikanın hakikat hilâfı olduğu ve tashihi dâvası talep olunabilir 28). Bundan başka, kanunumuz ihticaç olunan bir vesikanın sahteliğinden bahsetmiştir. Bu sebeple, hakikatte mevcut fakat kendisinden istifade olunmamış bir vesika bu maddelerin 1 inci numarası sebebi ile iade sebebi olamaz 29).

Bu sebeple muhakemenin iadesi talep olunabilmek için, duruşmada ihticaç olunan vesika «hakiki» olarak kabul edilmiş olmalıdır. Bu şekil anlayış mehzaz kanunda sarahatla belirtilmiş ve vesikanın «hakiki» olarak kabulünden sonra sahteliğinin anlaşılmış olması gerekmektedir. Kanunumuz bakımından da aynı neticeye varmak gerekir; zira, sahteliğin tebeyyün etmesi onun daha önce «hakiki» olarak kabul edilmiş olması ile mümkün olabilir. İhticaç olu-

24) Löwe - Rosenberg, 19/975.

25) Bennecke - Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts, Breslau, 1900/600.; Gerland, 439.; Frank, ZStRW. 12/364.; von Kries, 706.; Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 4. Aufl. Berlin 1913/379.; Neumann, 22.; Ullman, B. 10.; Walter, 25.

26) Hentig, 60.

27) Fischer, 27.

28) Fischer, 27.

29) Hentig, 61.; Fischer, 27.

nan vesikanın hakiki oalrak kabul edilmesi şartından bazı neticeler çıkacaktır. Evvelâ, ilk dâvada ileri sürülen vesikanın hakiki veya sahte olması meselesi bizatihi dâva konusu ise, bu halde vesikanın hakiki olarak ikame ve ihticağ olunduğu kabul edilemeyecek ve bu sebeple de 327 ve 330 uncu maddelerin 1 inci numaraları sebebiyle de iade talep olunamayacaktır 30). Saniyen, her iki maddenin ifade tarzı nazara alındıkta görülecektir ki mahkeme hakiki bir vesikayı yanlış olarak tefsir veya telâkki etmiş veya hakiki bir vesikayı diğer ve yine hakiki olan bir vesika ile karıştırmış olması hallerinde de 1 inci numara sebebiyle iade talep olunamayacaktır 31). Salisen, bahis konusu olan vesikanın muhtevasının yalan olması hali buraya dahil değildir. Meselâ yalan beyanda bulunmak suretiyle yapılan mukavelelerde olduğu gibi 32). Bütün bu hallerde 1 inci değil, 5 inci numara sebebiyle muhakemenin iadesi talep olunabilecektir 33).

2 — *Yemin verilerek dinlenmiş olan şahit veya ehlihibrenin hükme müessir olacak surette mahkûm aleyhine kasd veya ihmâl ile hakikat hilâfında şahitlikte bulunduğu veya rey verdiği anlaşılırsa.*

Muhakemenin lehe ve aleyhe olarak iadesinin talep olunabileceği müşterek sebeplerden ikincisi de, yemin verilerek dinlenmiş olan şahit veya ehlihibrenin hükme müessir olacak surette mahkûm aleyhine kasd veya ihmâl ile hakikat hilâfında şahitlikte bulunduğu veya rey verdiğinin anlaşılması halidir. Bu şık lehe, 330 uncu maddenin 2 ci numarası ise, şahit veya ehlihibrenin hükme müessir olacak surette maznun veya mahkûmun lehine şahadette bulunduğu veya rey verdiği anlaşıldığı takdirde aleyhe muhakemenin iadesi talep olunabilecektir.

Kanunumuzun bu hükümleri mehazi Alman CMUK nun 359 (399) ve 362 (402) ci maddelerinin 2 ci numaralarıdır. Ancak, me haz madde ile kanunumuz arasında bazı farklar vardır.

Şöyle ki: Evvelâ kanunumuzda, mahkûmun lehine veya aleyhine kast veya ihmâl ile hakikat hilâfına şahitlikte bulunulacak

30) Fischer, 27.; Hentig, 62.; Löwe - Rosenberg, 19/974.

31) Fischer, 27-28.; Hentig, 62.; Löwe - Rosenberg, 19/974.

32) Löwe - Rosenberg, 19/974.

33) Löwe - Rosenberg, 19/974.; 20/880.

veya rey verilmiş olacaktır. Halbuki, me haz kanunda, kanunumuzdaki «ihmal» yerine «farlaessigen» yani «taksir» kelimesi istimal edilmiştir ki, me haz kanun doğrudur ve kanunumuzdaki «ihmal» kelimesini «taksir» şeklinde anlamak gerekir. Yapılan bu hatalı tercüme kanunumuza, İstanbul komisyonunun ilk tercüme metninden itibaren girmiştir (34).

Saniyen, kanunumuza göre, yemin verdirilmiş bulunan şahit veya ehlihibrenin beyanlarının «...hükme müessir olacak surette...» mazun veya mahkûmun leh veya aleyhinde yapılmış olması gerekir. Halbuki me haz kanunda böyle bir hüküm yoktur. Yani, şahit veya bilirkişi beyanlarının maznun veya mahkûmun leh veya aleyhinde yapılmış olması kifayet etmekte, ayrıca bunun hükme müessir olmuş bulunması aranmamaktadır.

Kanunumuzun me hazdan farklı olan bu şekli, İstanbul Komisyonunun yapmış bulunduğu ilk tercümenin müzakeresiden sonra herhangi bir sebep ileri sürülmeden kabul edilmiştir.

Muhakemenin iadesi sebepleri arasında yer almış olan ve kanunumuzun 327 ve 330 uncu maddelerinin 2 ci numarasında da kabul edilmiş bulunan şahit veya bilirkişinin hakikate aykırı beyanları, muhakemenin iadesi müessesesi kabul edilmeye başlandığı zamandan beri bilinmekte ve iade sebepleri arasında en eskilerinden birisini teşkil etmektedir. Ezcümle, 1867 Fransız Kanununun, 3, 1896 Portekiz kanununun 3, 1864 Rus CMUK nun 3, 1896 Macar CMUK nun 446 cı maddesinin 1 inci, 1873 Avusturya CMUK nun 353 ve 355 inci maddelerin 1 inci numaralarında tesbit ve kabul olunmuştu.

Bu hali tabii karşılamak gerekir. Zira ceza dâvasında şahit ile isbatın, diğer isbat vasıtalarına nisbetle ehemmiyeti ve ceza dâvasının mahiyeti icabı bu isbat vasıtasına olan ihtiyaç karşısında kanun vazıları başka şekilde bir hal tarzı da esasen kabul edemezlerdi. Şahit beyanına verilen ehemmiyet ve hükme olan tesiri muvacehesinde, bu beyanların kusurlu olduğu tebeyyün ettiği takdirde mevcut hükmün kaldırılması veya değiştirilmesini adalet hissi kuvvetle isteyecektir.

Madde metninde sarahatle gösterildiği gibi, 327 ve 330 uncu maddelerin 2 ci numarası sebebiyle muhakemenin iadesinin talep olunabilmesi için, şahit beyanlarının veya ehlihibre reylerinin ye-

34) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlık Çalışmaları, İstanbul 1953/297.

minle yapılmış olması şarttır. Bu sebeple Ceza Kanunumuzun 286 ve 290 ıncı maddeleri sebebiyle cezaî müstelzim yalan şahadet veya bilirkişi mütaleasının serdedilmiş olması gerekir. Şu noktaya temas edelim ki, bu sebeple muhakemenin iadesinin talep edilebilmesi için iddia olunan yalan şahadet veya hakikat hilâfı rey sebebiyle şahit veya bilirkişinin kesinleşmiş bir hüküm ile mahkûm olması veya delillerin yokluğundan başka sebepler yüzünden takibat ve tahkikatın icra ve devamının mümkün bulunmaması gerekir (md. 332).

Yeminin şekli haizi ehemmiyet değildir 35). Yabancı memlekette yapılan beyan hakikat hilâfı ise ve bu sebeple o memleket kanununa göre cezaî müstelzim bir fiil olarak kabul edilmekte ise, o yabancı memleket şahit yemini müessesesini kabul etmese dahi, bu beyanlar yeminli beyan olarak kabul edilir 36). Yemin ile dinlenen şahidin aynı tahkikat sırasında tekrar dinlenmesi lâzım gelirse hâkim ona yeniden yemin verdirmeyip evvelki yeminini hatırlatmak ve bu şahitliğin doğruluğunu o yeminin ahdinde bulundurmakla iktifa edebileceğine göre (md. 60) bu hal de ilk yemin ile aynı mahiyettedir. CMUK muzun 59 uncu maddesinde tasrih edilen hal için dahi aynı şekilde düşünmek gerekir 37). Yapılan beyan veya verilen rey sebebiyle şahit veya bilirkişi yemin etmemiş ise bu sebeple muhakemenin iadesi talep olunamaz. Ancak, bu halde CMUK 327 ci maddesinin 5 numarası sebebiyle muhakemenin iadesinin talep olunacağını kabul etmek lâzımdır 38).

Kanunumuzun, muhakemenin iadesini 2 inci numara sebebiyle talep edebilmek için beyanların yeminli olmasını aramasının sebebi, hükme tesir eden beyanların ancak yeminli beyanlar olabileceğini kabul etmiş olmasıdır. Bu fikrin doğru olduğunu zannetmiyoruz. Bu sebeple yeminsiz beyanlar bakımından da aynı maddenin tatbik edilmesinin yerinde olduğuna kaniyiz 39). Bu hali nazara almış bulunan me haz kanun 29/5/1943 tarihinde tadil edilmiş ve bu sebeple muhakemenin iadesinin talep edilebilmesi için, beyanların yeminle veya yeminsiz olması halini aynı sisteme bağlamıştı 40). Ancak, 1949 tarihinde yeniden neşredilmiş bulunan me haz kanun 1943 tadilini

35) Fischer, 28.

36) Löwe - Rosenberg, 19/974.

37) Löwe - Rosenberg, 19/974.

38) KMR, 572.; Löwe - Rosenberg, 19/974.; Neumann, 29.; Hentig, 95.

39) Aynı kanaat Erem, 22.

40) Löwe - Rosenberg, 20/879.

ihativa etmemekte ve eskiye dönüşü aksettirmektedir. Hukukumuz bakımından da bazı çelişik durumlar meydana gelmekte ve sebebi-ni Ceza Usulü Kanunumuzun Almanyadan, Ceza Kanunumuzun da İtalyadan alınmış olması teşkil etmektedir. Beyan edelim ki Alman Hukuku CMUK nun 359 (Türk CMUK md. 327) uncu maddesinin 2 ci numarasına yeminli beyanların bu sebeple muhakemenin iadesi sebebi olabileceğini ve bunun için de 364 (Türk CMUK md. 332) üncü maddeye göre cezaî müstelzim bir fiil olması sebebiyle mahkûmiyet şartını ararken bu hukuk bakımından herhangi bir tenakuz bahis konusu olmayabilir; zira bu hukukta yeminsiz olarak yapılan beyan suç teşkil etmez 41). Fakat hukukumuz İtalyan Ceza Kanunu gibi, yeminsiz fakat yalan yere yapılan şahadeti de 286 cı maddenin son fıkrası sebebiyle tecziye etmektedir. Bu durum karşısında nasıl hareket olunmalıdır? Yeminsiz şahadetin 327 ci maddenin 5 numarası sebebiyle muhakemenin iadesi sebebi teşkil ettiğine temas ettik. Ancak, bu imkân yalnız lehe muhakemenin iadesi için mümkündür. Halbuki 327 ve 330 uncu maddelerin 2 ci numaralarında gösterilen sebep, hem leyh ve hem de aleyhe muhakemenin iadesi sebeplerindendir. Hal böyle olunca, bugünkü hukukumuz bakımından muhakemenin iadesinin 327 ve 330 uncu madde sebebiyle yapılabilmesi için beyanın yeminli olması şart ise de, Ceza kanununun 286 cı maddesinin son fıkrası muvacehesine CMUK da bulunan yeminli ifade şartını kaldırmak icap etmektedir. Bu halde Ceza Kanununun 286 cı maddesinin son fıkrası dolayısıyla CMUK nun 332 ci maddesindeki şart da tahakkuk edecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir mesele, CMUK 52 ci maddesinin 1 numarasına göre yeminsiz dinlenmeleri gereken kimselere hataen verilen yemin ve bu yeminin ahdi altında hakikat hilâfı beyanda bulunmuş olmaları halidir. Mesele me haz kanunun tatbikatını yapmış bulunan Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin bir içtihadı birleştirme kararına mevzu teşkil etmiş 42) yeminsiz dinlenmesi gereken bir kimsenin yemin verdirilerek ifade-sine müracaat olunması halinde yalan yere yemin suçunun mevcudiyeti kabul olunmuştu. Bu karar doktrinde şiddetle tenkit olunmaktadır 43).

Müelliflere göre, kanun vazı yemin mevzuunda bir yaş haddi

41) Hentig, 74.

42) RG. 36/278. Ceza Umumî Heyetinin 23. Mayıs 1903 tarihli kararı.

43) Fischer, 28, 29.; Hentig, 70.

koyduğuna göre, bu haddin altında olan kimsenin yeminin mâna ve ehemmiyetini takdir edemiyeceğini kabul etmek gerekir. Bir yandan şahidin yeminin mâna ve ehemmiyetini takdir edemiyeceğini kabul, diğer yandan onun yalan şahadette bulunabileceğini tesbit tenakuz olacaktır. Beyan edelim ki, Türk Temyiz mahkemesi aynı hâdisede doktrindeki hâkim kanaata uygun olarak içtihat etmiş ve CMUK nun 52 ci maddesine göre yaşı sebebiyle yeminsiz dinlenmesi gereken bir şahsın yemin verdirilerek dinlenmesi halinde yalan yere yeminli beyanda bulunmuş bir kimsenin değil, yeminsiz dinlenmiş addiyle CK nun 286 cı maddesinin son fıkrasına göre muamele olunmasına karar vermiştir 44).

CMUK nunn 52 ci maddesinde âmme hizmetlerinden memnu olanların veya tahkikatın mevzuu olan vakıalara iştirakten veya yataklıktan maznun veya bu sıfatlardan biriyle mahkûm olanların ifadelerinin yeminsiz olarak alınması gerektiği halde, zuhulen yemin verdirilmiş bulunması halinde yalan yere yemin suçunun teşekkül edeceği kabul edilmektedir 45); zira, 52 ci maddenin 2 ve 3 numarasında gösterilen şahıslar yeminin mâna ve ehemmiyetini takdire muktedir olmakla beraber, çeşitli sebepler dolayısıyla kendilerine yemin verdirilmeyen kimselerdir. Bu sebeple bu şahısların yeminsiz dinlenmesi gerekirse de, yemin etmeye ehil olmadıkları kabul edilemez 46).

Tercümanın yapmış bulunduğu yemin ve tercümelerin bu numara içinde mütüalea edilebilip edilemiyeceği hususu ihtilâflıdır. Bazı müelliflerin (47), bu hususta ittifak olduğu ve bilirkişi terimine tercümanın da dahil bulunduğu, fikri kabul edilemez. Bazı müellifler 48) Alman Mahkemeler Teşkili hakkındaki kanunun 191 inci maddesi muhtevası muvacehesinde dahi, tercümanların bilirkişi olarak kabulüne imkân olmadığı kanaatındadırlar. Gerçekten Alman Mahkemeler Teşkili kanunun 191 inci maddesine göre, «bilirkişiler hakkındaki dâvaya girememe ve redde mütedair hükümler uygun bir şekilde tercümanlar hakkında da tatbik edilir. Bu husustaki karar tercümanı dâvet etmiş bulunan mahkeme veya hâ-

44) T.M, 4. CD. 11.1.1952, Esas 283, Karar 283, Köseoğlu, 324.

45) Hentig, 70, 71.; Fischer, 29.

46) Hentig, 70 not 3.

47) Kantar, 409.; Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955/402.

48) Walter, 26.; Fischer, 28.

kim tarafından verilir» Bu hükümden anlaşıldığı üzere, tercümanlar hakkında kıyasen tatbik edilecek hükümler bilirkişilerin yalnız dâvaya iştirak edememeleri ve reddi hakkındaki hükümler 48a) olup, muhakemenin iadesi hususunda bilirkişi ve tercümanın aynı telâkki etmeğe imkân yoktur.

Alman Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında, tercümanın hukukî durumunu çeşitli şekillerde kabul etmiştir. Bazı kararlarında 49) tercüman ile bilirkişiyi aynı mahiyette telâkki etmiş, diğer bazı kararlarında ise, tercümanı geniş mânada bilirkişi olarak kabul ettiğini, fakat teknik hukuk lisanı içinde tercümanın bilirkişi olarak telâkki edilmesine imkân bulunmadığını bildirmiştir 50).

Bazı Alman müellifleri ise tercümanı iki kısım içinde tetkik ederler 51). Bir kısım tercüman, mahkemeye isbat vasıtası arzeden tercümandır, diğeri ise yalnız konuşmaları tercüme etmektedir. Bu tefrik içinde mahkemeye isbat vasıtası nakleden tercüman bilirkişi olarak kabul edilmeli, diğerine ise bu vasıf izafe edilmemelidir.

Daha başka müellifler 52) ise yalnız konuşulanları tercüme eden terccümanları da iki kısma ayırırlar. Beyan etmek gerekir ki, tercüman bilirkişi değildir. Zira, Alman Mahkemeler Teşkilî Kanunu tercümanların yapacakları yemin bakımından müstakil bir hükmü ihtiva etmekte ve yemin şeklini bilirkişilerden farklı olarak tanzim etmiş bulunmaktadır.

Bundan başka CMUK nun 61. maddesi tercümanlar hakkında tatbik olunmaz. Tercümanın şahsı hakkında sorulacak suallerin seçimi de hâkimin takdirine göre tanzim olunur 53). CMUK nun 68 ci maddesindeki bilirkişiliğin kabulü hakkındaki mecburiyet tercümanlar hakkında tatbik olunamaz (54). CMUK nun 238 inci maddesi

48a) KMR, 572.; Schwarz, 16/446.; Kohlrausch, 29/94, 352.; Dalcke - Fuhrmann - Schaefer, 1371.

49) RG. 9/53. 1. CD. 2.7.1883 tarihli karar.

RG. 25/354. 3. CD. 19 Nisan 1894 tarihli karar.

JW. 1924/707. 3. CD. 9 Nisan 1923 tarihli karar.

50) RG. 8/97. 2. CD. 19.9.1882 tarihli karar.

51) Dalcke - Fuhrmann - Schaefer, Strafrecht und Strafverfahren. Berlin 1961/1430.; Bennecke - Beling, 286.

52) Kallee, Löwe - Rosenberg, 19/1424 ten naklen.

53) RG. 8/203. 1. CD. 2.11.1882 tarihli karar.

54) Gerland, 180.; Bennecke - Beling, 287.

de tercümanlar hakkında tatbik edilemez (54a). Yine CMUK nun 267 ci maddesinde gösterilen ve duruşmada tutulan zabıtın isbat kuvveti tercümanların faaliyetleri hakkında kabili tatbik değildir (55). CMUK nun tercümanlar hakkında bilirkişilere kıyasen kabili tatbik olan maddeleri 60 ve 65 inci maddelerdir (56).

Yukarıda belirtmiş olduğumuz sebepler muvacehesinde, CMUK nun 327 ve 330 uncu maddelerinin 2 inci numarası içinde, kanunda olmadığı halde tercümanların ne sebeple ithal edildiğini anlamak güçtür. Alman hukukunda Mahkemeler Teşkili Kanunun 191 inci maddesine rağmen, tercümanın iadei muhakemede bilirkişi gibi telâkki edilemeyeceği fikri müdafaa edilirken, hukukumuzda böyle bir hüküm olmadan, tercümanı bilirkişi gibi telâkki etmeğe imkân yoktur. Esasen müellifler (57) tercümanın bilirkişi olarak me haz hukukta da kabul edildiğini belirtip hukukumuz bakımından da aynı fikrin kabulünü talep ederlerken, Alman Mahkemeler Teşkilâtı Kanununun 191 inci maddesine benzer hükmün kanunumuzda bulunmayışına dikkat etmemektedirler. Me haz kanunu şerh eden müellifler, tercümanı bilirkişi gibi telâkki ederken, Mahkemeler Teşkili Kanunun 191 inci maddesindeki sarahat ve şumul içinde olduğunu kabul etmekte, fakat bu kabul hukukumuzda, sebebine inilmeden kabul olunmaktadır.

Kanaatımızca da 58) muhakemenin iadesinde tercüman bilirkişi olarak telâkki edilemez. Bu sebeple tercümanın yanlış olarak yaptığı tercümeler sebebiyle 327 ve 330 uncu maddelerin 2 ci numarası sebebiyle muhakemenin iadesi talep olunamamalıdır. Ancak, kanunumuzda mevcut eksikliğin de kabul edilmesi gerekir. En doğru hal tarzı, maddeye şahit ve bilirkişi yanında tercümanı da ilâve etmektir. Aksi halde tercümanın yapmış olduğu kasdi veya taksir sebebiyle yanlış tercümeler dolayısıyla iadei muhakeme talebi 327 inci maddenin 5 inci fıkrasına göre olunabilecektir.

3 — *Bizzat mahkûm tarafından sebebiyet verilmiş olan kusur müstesna olmak üzere hükme iştirak etmiş olan hâkimlerden biri*

54a) RG. 8/97. 2. CD. 19.9.1882 tarihli karar.

55) RG. 43/442. 1. CD. 16/20.6.1910 tarihli karar.

56) Löwe - Rosenberg, 19/1424.

57) Kantar, 409.; Taner, 402.; Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1961/648.; Erem, 22.

58) Aynı kanaat Walter, 26.; Fischer, 28.

aleyhine ceza takibatını ve kanunî bir ceza ile mahkûmiyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifesini ifada kusur etmişse.

Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuz hâkimler tarafından verilen karar ve hükümlerin tarafları ve amme efkârını tatmin edebilmesine azami dikkati göstermiş ve bu sebeplede, hüküm verilmeden önce hâkimin davaya bakamayacağı halleri (md. 21) veya hükme iştirak edemiyecek olan hâkimleri (md. 22) göstermiş, ve yine hangi sebeplerle hâkimlerin red olunabileceklerini de tesbit etmiştir (md. 23). Hükümden önce hâkimin dava ve taraflarla olan münasebetlerini tanzim etmiş bulunan kanun, hükme tesir edecek şekilde hareket eden hâkimin hükmüne karşı taarruz imkânını da tanzim etmiş ve bu sebeple CMUK nun 327 ve 330 uncu maddelerinin 3 üncü numaralı hükmü tanzim olunmuştur.

Belirtelim ki, Ceza Usul hukukumuzda muhakemenin iadesi esas olarak subut delilleri ile alakalı olup, maddî meselelerin, yani subut delillerinin ikamesi üzerine eski hükümden farklı yeni bir hükmün verilmesi zarureti muvacehesinde kabul olunmaktadır. Hukukî hata muhakemenin iadesi sebebi olmamakta, hükmün kesinleşmesi mevcut hukukî hatayı tashih etmektedir. Hal kaide olarak böyle olmakla beraber kanunumuz tetkik etmiş bulunduğumuz bu hükmü ile istisnai bir durum yaratmış ve subut delillerinin tam ve doğru bir şekilde tesbit edildiği halde, hâkimin vazifesini suiistimal ederek doğru bir hukuk kaidesi yerine, hatalı bir hukuk normunu tatbik etmesinde de muhakemenin iadesi sebebinin mevcudiyeti kabul edilmiştir (59).

Kanunumuzun istimal eylemiş bulunduğu ifade tarzına göre, muhakemenin iadesi «hâkimin» vazifesini suiistimal ettiği ahvalde mümkün olmaktadır. Ancak, bu sebeple muhakemenin iadesi çaresine gidilebilmek için, kanun daha bazı kayıtlar da ihtiva etmektedir. Bir hükmün hakikatî aksettirmesi için o hükme esas teşkil eden maddî vakıaların ve sübut vasıtalarının hakikate uygun olarak tesbit edilmesi ve toplanması gerekir. Ceza Muhakemeleri Usulü hukukumuz sistemi içinde, hazırlık tahkikatı sırasında sulh hâkimlerinin ve ilk tahkikat sırasında da sorgu hâkimlerinin fonksiyonları, bir hükmün hakikate uygun olarak verilebilmesinde, hükme iştirak eden hâkimler kadar ehemmiyet arz etmektedir. Hal böyle olmakla beraber, kanunumuzun kullanmış bulunduğu ifade tar-

zı sebebiyle muhakemenin iadesi ancak «hükme iştirak etmiş olan hâkimlerden birisi aleyhine ceza takibatını ve kanunî bir ceza ile mahkûmiyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifesini ifada kusur etmesi» halinde mümkün olabilecektir. Kanunumuzun kullanmış bulunduğu ifade tarzı muvacehesinde diğer bir meselenin de halli gerekmektedir. Hükme iştirak etmiş bulunan hâkim hüküm tesis edilirken maznun aleyhine kusurlu olarak reyini kullanmış olmalı mıdır, yoksa hükme iştirak etmiş bulunan bu hâkimin son tahkikat sırasında vazifesini ifada kusur etmiş bulunması kâfi midir? Mesele mehzaz kanunun tatbik edildiği ilk zamanlarda Almanya'da vuzuha kavuşmuştu. Oradaki tatbikata göre, hükme iştirak etmiş bulunan hâkimin son tahkikatta delil telâkkisi sırasında maznunun aleyhine bir hareket tarzı takip etmek, ve yapılması gereken işleri ve soruları maznuna sormamak suretiyle onun aleyhinde bir durumun yaratılmasına sebep olarak bilhassa, toplu mahkemelerde hükme iştirak eden diğer hâkimlere de bu şekilde tesir edeceği kabul edilmekte ve bu şekilde yalnız reyini verirken değil, son tahkikat sırasında dahi vazifesinde kusur etmiş olmasını iade sebebi olarak kabul etmişlerdir (60); zira hâkimin kanaatının tebellür etmesi hüküm zamanında ise de, hüküm zamanı kanaat belirmesi zincirinin son halkasını teşkil etmekte, çeşitli safhalarından geçen bir son tahkikatın her hali hüküm tesisi için ehemmiyet arz etmektedir. Yedek hâkim için de durum aynıdır. Ancak, ilk tahkikatı yapmış bulunan sorgu hâkiminin, naip veya istinabe edilmiş bulunan hâkimin fiilleri iade sebebi olmaz (61). Hüküm bazı derecelerden geçtikten sonra kesinleşmiş işe, bu derece mahkemelerinden hangilerinde yapılan vazifenin suiistimali iade sebebi olabilecektir? Hükmün, memleketimizde olmamakla beraber, istinaftan geçmesi halini ve temyiz tetkikinden sonra hükmün kesinleşmiş olduğu şekillerini tefrik ederek tetkik etmek gerekir. Hüküm istinafa gidebilmekte ise ve istinaf üzerine verilen hüküm ilk derece mahkemesinin hükmünü tamamen bertaraf etmiş ve istinaf mahkemesi yeniden bir hüküm tesis etmiş ise, ilk derece mahkemesindeki hâkimin vazifesini suiistimal etmiş olması sebebiyle muhakemenin iadesi talep edilemeyeceği fikri bazı müelliflerce (62) mü-

60) Hentig, 35, 36.

61) Fischer, 30.; Hentig, 35.; Neumann, 21.

62) Woermann, Das Wiederaufnahmeverfahren, Berlin 1899/3.; Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrecht, Leipzig 1880/847.

dafaa edilmekte ve sebep olarakta, istinaf mahkemesi hükmünü tesis ederken kendi kanaatına göre hareket etmiş ve ilk derece mahkemesinin hükmünü tamamen ortadan kaldırmış olduğu hususu gösterilmektedir. Bu fikir tenkit olunmakta (63) ve meselenin tetkikinde bir tefrik yapılması istenmektedir; şayet ilk derece mahkemesinin hükmünde suiistimal neticesi mevcut hatalar istinaf hükmünde de varsa, istinaf mahkemesi mesele hakkında yeniden bir hüküm vermiş olsa dahi ilk derece mahkemesi hâkiminin vazifesini suiistimali iade sebebi olmalı, aksi halde ilk derece mahkemesi hâkiminin suiistimali iadei muhakeme sebebi olamaz.

İlk derece mahkemesinin hükmü temyiz mahkemesinin tetkikinden geçtikten sonra kesinleşmiş ise mesele nasıl halledilecektir? Temyiz mahkemesi işi yalnız hukukî cepheden tetkik edip, fiili cepheden incelememesi sebebiyle, ilk derece hâkiminin yapmış bulunduğu ve suiistimaline dayanan hata devam edip gidecek ve temyiz ilamında dahi bu suiistimal tesirini gösterecektir. Bu sebeple, ilk derece mahkemesi hâkiminin vazifesini suiistimal etmiş olması sebebiyle daima muhakemenin iadesi talep olunabilecektir (64). Temyiz mahkemesi hükmü bozduktan sonra dosya ilk derece mahkemesine gelmiş ve yeniden yapılan duruşma neticesi verilen hükümde suiistimal sebebiyle vuku bulmuş olan hususlar bertaraf edilmiş ise, 327/3 sebebiyle artık iadei muhakeme talep olunamaz (65). Temyiz mahkemesine gelmiş olan bir iş hakkında, bu mahkemece CMUK nun 322 ci maddesine göre bizzat davanın esasına hükmedilmiş ise, ilk derece hâkiminin vazifesini suiistimali iade sebebidir (66); zira, 322 nci maddenin şartları sebebiyle, ilk derece mahkemesinde yapılan hata temyizcinin verdiği hükümde de tesirini göstermektedir.

Hâkimin suiistimali sebebi ile muhakemenin iadesi incelenirken, hükme iştirak etmiş bulunan hâkimin akıl hastası olması halinde muhakemenin bu sebeple iade edilebilip edilemeyeceği meselesi de tetkik edilmektedir. Mehaz CMUK Almanyada tatbik edilirken 20 Nisan 1896 tarihinde İmparatorluk Meclisine muhakemenin iadesi sebepleri arasına hükme iştirak etmiş bulunan hâkimin akıl hastası olması halinin de ilâve edilmesi hususunda bir teklif

63) Hentig, 39.

64) Hentig, 39.; von Kries, 451, 452.; Neumann, 33.

65) Schmidt, 1050.

66) Schmidt, 1050.

yapılmıştı. Bu teklifin sebebi, Alman Mahkemeler Teşkili kanununda yapılması istenilen ve 1895 tarihli olan bir teklif olmuştur. Buna göre, hâkim veya jüri üyesinin akıl hastalığı sebebiyle ölmesi veya hacredilmesi halinde, iştirak etmiş bulunduğu hükümler de hâkimin akıl hastası olduğu inandırılacak şekilde isbat edildiği takdirde bu hükümlerin tekrar görülmesi hususuna müteveccih idi. İşte bu şekil düşünüş tesiri altında yapılan teklif komisyonda müzakere edilmiş ve hulasa ettiğimiz şu sebeplerle reddedilmişti (67): «Bu sebeple muhakemenin iadesi pek nadir olacak, fakat iade talebi ise sayısız derecede artacaktır. Akıl hastası hâkimin verdiği hüküm hatalı ise af yoluna gidilmesi mümkündür. Bir hâkimin akıl hastası olduğu ve hükmünü verirken akıl hastalığına müptelâ bulunduğunu isbat zordur. Bu hal iade sebebi olarak kabul edilirse, pek çok nahoş haller hasıl olacak, mahkûm olanlar hâkimin ve ailesinin aklî ve ruhi durumlarını tetkik etmeğe koyulacaklardır. Nihayet, akıl hastası bir hekim mükemmel bir operasyon veya akıl hastası bir lokomotif makinisti pekâlâ treni hedefe kadar arızasız götürebilir. Akıl hastası bir hâkim de verdiği hükümlerde hakikatı tamamen aksettirebilir.»

Komisyonun red sebebi müelliflerin tenkidini üzerine çekmiş ve akıl hastası bir hâkimin verdiği hükmün iade sebebi olarak kabul edilmesi müdafaa edilmiştir (68). Bu müelliflere göre, akıl hastası olduğu anlaşılan bir hâkimin verdiği hüküm, hükmün otoritesini sarsar (*pro autoritate iudicis*). Müctemi hâkimli mahkemeler yanında tek hâkimli mahkemeler çoktur. Bu hal ise akıl hastası hâkimin verdiği hükme tamamen itimatsızlık yaratır. Mesul mevki işgal eden her Devlet memurunun aklen ve ruhen sıhhatte bulunması şarttır ve bunların durumlarının tetkiki hiçbir zaman nahoş bir hal olarak telekki edilmemelidir. Hentig (69) bilhassa mahkeme reislerinin akıl hastası olması halini, iade sebebi olarak mutlak surette kabulünü müdafaa eder.

Hâkimin bizzat tanzim ettiği sahte vesikalar ile kendisini hâkimliğe tayin ettirmiş bulunması halinin iade sebebi olup olamayacağı münakaşalıdır. Bazı müellifler bu hâkimin verdiği hükümlere karşı CMUK nun 308/1 inci maddesinin kıyasen tatbik edilmesi sebebiyle 327/3 e göre iade sebebi olacağını kabul edilmektedir-

67) Tam metin için bakınız: Hentig, 31.

68) Walter, 23.; Fischer, 31.; Hentig, 31, 32.

69) Hentig, 32.

ler (79). Hâkimin vazifesini suiistimali muhakemenin iadesi sebebi olabilmesi için, suiistimalinin neticesi verilecek cezanın «kanunî bir ceza» olması lâzımdır. Kanunumuzun bu ifade tarzının müesseseyi izaha elverişli olmadığını kabul etmek gerekir. Cezanın kanunî veya gayrî kanunî diye bir tefriki olamaz. Ceza her zaman kanunidir veya yürürlükte olan bir hukukî norma istinaden verilir. Kanunumuzun «kanunî ceza» dan anladığı, inzibati mahiyette olan cezaların dışında kalan ve ceza mahiyetini arzeden cezalardır. Bu sebeple inzibati mahiyette verilen cezalar iade sebebi olamaz (71). *Hentig* (72), hâkimin vazifesinden alınması şeklinde tecelli eden inzibati cezanın çok ağır olması sebebiyle, bunun ceza hukuku içinde tanzim edilen bir ceza mahiyeti olarak kabul edilmesini ve iade sebebi olmasını teklif eder.

Belirtelim ki, 327 ci maddenin 3 numarası ile muhakemenin iadesinin talep olunabilmesi için, vazifesini suiistimal etmiş bulunan hâkimin cezayı müstelzim bir suçunun vücuduna istinat edilmiş olması dolayısıyla kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün bulunması veya delillerin yokluğundan başka sebepler yüzünden takibat ve tahkikatın icra ve devamının mümkün olmaması gereklidir (CMUK md. 332).

Hâkimlik mesleği ve bilhassa Ceza hukukunda ve usulünde cari olan maddî hakikatin aranması ve tesbiti prensibi, vazifesini ifa eden hâkimi, meseleleri serbest takdir hakkına ve vicdani kanaatine göre değerlendirmeye mecbur bırakmaktadır. Bu halde hâkim, subjektif bazı sebeplerin tesiri altında kalacak ve bunun suç olarak isbatının mümkün olmaması sebebiyle iadei muhakeme yoluna gidilmede kendisinden istifade olunamayacaktır. Zira, subjektif hareket suç teşkil etmeden dahi icra edilebilmekte, bunun tesbiti halinde isbatı ise çok zorluk arzetmektedir.

Ceza kanunu ve mevzuatı içinde hâkimin vazifesini suiistimalden dolayı muhakemenin iadesi sebebi olabilecek hususlara Ceza kanunumuzun 216, 217 ve 244 üncü maddeleri misal olarak gösteri-

70) **Peters**, *Strafprezess*, Karlsruhe 1953/212.; **Schönke - Schröder**, *Strafgesetzbuch*, 8. Auf. 547.; **Maurach**, *Deutsches Strafrecht*, Besonderer Feil, Karlsruhe 1953/476. Aksi fikirde olan müellifler de vardır. **Schmidt**, 1049.; **Welzel**, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1954/371.

71) **Schwarz**, 16/446.; **Fischer**, 31.; **KMR**, 573.; **Schmidt**, 1049.; **Löwe - Rosenberg**, 20/881.; **Kehlrausch**, 24/352.; **Walter**, 23.

72) **Hentig**, 28.

lebilir. İade sebebi için, vazifenin suiistimal edilmiş olması ile hük-
mün verilmiş şekli arasında bir münasebetin olması, yani vazifenin
suiistimalinin hükme tesir etmiş olup olmamasının ehemmiyeti
yoktur. Objektif olarak vazifenin suiistimal edilmiş olması kâfidir.
İade talebinde bulunan, hüküm ile suiistimal arasında bir münase-
betin mevcudiyetini isbatla mükellef olmadığı için, bunu isbata
müteveccih herhangi bir hususu mahkemeye bildirmeye mecbur
değildir (73). Böyle bir hükmün sevk sebebi şudur: Usul kanunu-
muza göre müzakere ve rey verme usulü gizlidir. Bu gizlilik içinde
vazifenin suiistimal edilmiş olduğunu tesbit ve isbat mahkûm için
mümkün değildir (74).

327 ci maddenin 3 üncü fıkrasına göre muhakemenin iadesi
mevzuunda kanun bir tahdidi hükmü ihtiva etmektedir. Muhake-
menin iadesi talep olunabilmek için, hâkimin vazifesini suiistimale
mahkûmun sevk etmemiş olması gerekir. Kanunumuzun bu hük-
münün ceza usul hukuku politikası muvacehesindeki durumu tar-
tışmalıdır. Bir düşünüş şekline göre, mademki mahkûm bizzat
suiistimale sebep olmuştur, bu takdirde kendi fena hareketinden
dolayı daha sonra istifade edememelidir. Diğer fikre göre, CMU
hukukunda maddî hakikatin aranması ve tesbiti kaide olduğuna
göre, bu halde de iadeî muhakeme sebebinin mevcudiyeti kabul
edilmelidir (75). Ancak, beyan edelim ki, kanunumuzun bu hük-
münün pratik bir tesiri ve faydası olmayacaktır (75a). Mehaz ka-
nuna Mebus Becker ve von Schwarze'nin teklifi ve Adalet komis-
yonunun kabulü üzerine ve mahkûmun kendi hukuka aykırı fiilin-
den istifade edememesi esbabı mucibesi ile (76) girmiş bulunan bu
hükmün, yine mahkûmun lehine tesir icra edebilmesi düşünüle-
mez. Mahkûmun sebep olduğu ve hâkimin yaptığı suiistimal neti-
cesi o şahıs mahkûm olmuştur. Hattâ, mahkûm hâkimi suiistimale
sevk etmiş ise, bu halde hâkimi suç işlemeğe azmettirmiş olacak-
tır (77). Üçüncü bir şahıs mahkûmun haberi olmadan ve mahkûm
tarafından herhangi bir faaliyette bulunulmadan mahkûmun lehi-
ne olarak hâkimi vazifesini suiistimal ettirmiş olması halinde,

73) KMR, 573.; Schwarz, 16446.; Löwe - Rosenberg, 20/881.; Schmidt, 1049.

74) Birkmeyer, 736.; Herkerath, 21.; Neumann, 33.

75) Bu fikirler için bakınız: Fischer, 32.

75a) Aynı kanaat, Hentig, 40.; Erem, 23, 24.

76) Hahn, Mat. I/1059.

77) Hentig, 41.

327/3 sebebi ile iade talep edilebilecektir. Zira kanunumuz «bizzat mahkûm tarafından» demek suretiyle meseleyi aydınlatmıştır. Fakat mahkûm hâkimi suiistimale ister doğrudan doğruya ister dolayısıyla sevk etmiş olsun, iadei muhakeme talebinde bulunamayacaktır (78).

327 ci maddenin 3 üncü fıkrası sebebiyle muhakemenin iadesi talep olunabilmek için vazifenin kim tarafından suiistimal edilmiş olması gerekeceği meselesini tetkik de ehemmiyetlidir. Hernekadar kanunumuz, «hükme iştirak etmiş olan hâkimlerden» bahsetmiş ve meseleyi bu şekilde halletmiş isede, doktrinde hâkimlerden başka diğer kimselerin de vazifelerini suiistimal etmiş olmalarının iade sebebi olarak kabul edilmesi istenmektedir (79). Bu şahıslardan bir tanesi savcılardır. Mehaz kanundan önce Almanyada tatbik edilen Eyalet kanunlarından Prusya CMUK nun 420 ci maddesi, vazifesini ifada suiistimal eden müddeiumumilerin de bu hareketlerinin muhakemenin iadesi sebebi olacağını kabul etmiş, fakat bu tatbikat mehaz kanuna girememiş ve şu esbabı mucibe ile reddedilmişti (89): «Müddeiumumi bir suçluyu ceza takibinden kurtarabilir, fakat mahkemelerin müstakil müdafaanın mukaddes olduğu duruşmalarda suçsuz bir kimseyi cezalandırabilecek bir fonksiyon ifa edemez.» Bu esbabı mucibe haklı olarak tenkit olunmaktadır (81). İlk tahkikata tâbi olmayan işlerde duruşma müddeiumuminin yapmış bulunduğu hazırlık tahkikatı üzerine bina edilmektedir. Hal böyle olunca, müddeiumumi davayı istediği istikâmete sevk edebilecek vasıtalara sahiptir.

Zabıt kâtibinin de vazifesini suiistimal etmiş olması maddenin şumulü dışındadır. Bazı kanunlar: ezcümle 1909 tarihli Schaffhausen CMUK 246 cı maddesinde vazifesini suiistimal edenlerin bu fiili sebeble muhakemenin iadesinin mümkün olduğunu umumî bir kaidede vazederek kabul etmişti.

Müdafinin de vazifesini suiistimal etmiş olması hali kanunumuzda iade sebebi olarak kabul edilmemiştir. Mehaz kanundan evvel Almanyada tatbik edilen ekseri Eyalet kanunları (82) vazifesi-

78) KMR, 573.; Schwarz, 16/446.; Löwe-Rosenberg, 20/881.; Schmidt, 1049.

79) Hentig, 41.

80) Hahn, Mat. I/26.

81) Hentig, 41 ve müt.; Erem, 23.

82) 1867 Prusya md. 420.; 1868 Württemberg md. 471.; 1864 Baden md. 401.; 1862 Lübeck md. 267.; 1869 Hamburg md. 291.

ni suiistimal eden ve cezaî müstelzim bir fiil ika etmiş bulunan müdafinin bu hareketini iade sebebi olarak kabul etmişlerdi. Avusturya CMUK 353/1 maddesinde bugün de müdafinin cezaî müstelzim suiistimalini iadei muhakeme sebebi olarak kabul etmektedir (83).

Müdafinin muhakemedeki ehemmiyetli fonksiyonu sebebiyle vazifesini suiistimalinin iade sebebi olarak kabul edilmesi doktrinde kuvvetle müdafa edilir. Hiç olmazsa, mecburi müdafi tayin edilen hallerde (CMUK 138) amme menfaatinin nazara alınmış olması sebebiyle bu müdafinin vazifesini suiistimalinin iade sebebi teşkil etmesi teklif olunmaktadır (84).

Bütün bu temennilere rağmen hukukumuz bakımından gerek savcının, gerek zabıt kâtibinin gerek müdafinin vazifesini ifada suiistimal etmiş olmasını CMUK nun 327/3 maddesine göre muhakemenin iadesi sebebi olarak kabulüne imkân yoktur (85).

II — MUHAKEMENİN İADESİNE KONULMUŞ BULUNAN KANUNİ TAHDİTLER

Muhakemenin iadesini talepte kanunun kabul etmiş bulunduğu bir tahdid CMUK nun 332 ci maddesinde tesbit edilmiştir. Katileşen bir mahkûmiyet ile neticelenmiş bulunan bir dava CMUK nun 327 veya 330 uncu maddelerinde gösterilen sebepler ile muhakemenin iadesi yolu ile tekrar görülebilmesinin mümkün olduğu bu maddelerde gösterilmiş isede, buna, CMUK nun 332 ci maddesinde tesbit edilmiş olan cezaî müstelzim bir suçun vücuduna istinad eden muhakemenin iadesi talebi ancak o suçtan dolayı kat'ileşmiş bir hüküm bulunduğu veya delillerinin yokluğundan başka sebepler yüzünden takibat ve tahkikatın icra ve devamı mümkün olmadığı takdirde kabul olunabileceği hususundaki kaide, bir tahdit vazetmektedir.

CMUK muzun mahazı olan Alman Usul kanununun 364 (404) cü maddesinde esasını bulan bu hükmün tarihçesi oldukça yenidir. Mehaz kanun Almanya'da kabul edilmeden önce, Eyaletlerden Thüringen, Lübeck ve Hamburg kanunlarında kanunumuzun bu

83) Hentig, 53.

84) Hentig, 52, 53.

85) Fischer, 30.; Neumann, 32.; Walter, 22.; Schmidt, 1049.; Schwarz, 16/446.; Löwe-Rosenberg, 20/881.

hükmüne benzer kaideler mevcuttu. Ancak, bu kanunlarda, cezaî müstelzim bir suçun vücuduna istinad eden muhakemenin iadesi, o suçtan dolayı kat'ileşmiş bir hüküm bulunması şartı, yalnız aleyhe muhakemenin iadesi talep olunduğu zaman aranmaktaydı. Yani, cezaî müstelzim suçun vücudu sebebiyle lehe muhakemenin iadesi talep edildikte, kat'ileşmiş bir mahkûmiyet hükmü aranmamıştır. Bremen Eyalet kanunu 1870 tarihli tadili ile me haz kanunun 364 (404) üncü maddesinin esasını teşkil etmiş cezaî müstelzim bir suçun vücudu sebebiyle muhakemenin iadesini gerek lehe gerek aleyhe talep edebilmek için o suçtan dolayı verilmiş ve kat'ileşmiş bir mahkûmiyet hükmünü aramıştı (86).

1 — 332 ci maddenin leh ve aleyhinde ileri sürülen görüşler :

Kanunumuzun 332 ci maddesinin leh ve aleyhinde bazı fikirlerin ileri sürülebileceği tabiidir.

A — Maddenin aleyhinde dermeyanı mümkün fikirler :

Evvelâ şu noktayı belirtelim ki, aleyhe ileri sürülmesi mümkün olan fikirler müellifler tarafından beyan edilmemiş, fakat ileri sürülmesinin mümkün olduğu kaydedilmiştir (87).

a — Muhakemenin iadesi talep olunduğunda, yalnız olarak bu talep kesin hüküm otoritesine bir taarruz olarak kabul edilemez; zira, kesin hüküm otoritesi kaide olarak muhakemenin iadesi talebinin kabulü neticesi eski hükümden başka bir hükmün tesis edilmesi halinde bertaraf edilmiş olacaktır. İade talebi, eski hükmü derhal bertaraf etmemekte, fakat bertaraf gayesi ile gidilmiş bulunan bir vasıta olmaktadır. Bu sebeple, cezaî müstelzim bir fiilin vücudu iade sebebi olsa dahi, bu fiil hakkında daha önce kesinleşmiş bir mahkûmiyeti aramaya lüzum yoktur. Filhakika, kesinleşmiş hüküm olmasa dahi, eski hükmün muhkem kaziye otoritesi iade talebinin yapılması ile birlikte sarsılmaz.

b — Mevcut kesin hükme karşı muhakemenin iadesi hukukî çaresine gidebilmek için daha önce bir ceza davasının vukuu ve bunun neticesi istihsal olunan kesin hükmün mevcudiyetini aramak, CMUK nun 254 üncü maddesine göre herhangi bir hukukî

86) West, ZStRW. 16/247.

87) West, ZStRW. 16/248.

88) West, ZStRW. 16/249.

tesiri olmayacak, fakat fiilen çok ehemmiyetli tesir icra edecektir (89). CMUK nun 327 ve 330 uncu maddelerinin 3 üncü numarasında gösterilen ve ilk hükmün hâkimin vazifesindeki kusuru sebebiyle hatalı olduğu veya 1 inci numarada gösterilen duruşmada ihticac olunan ve hükme tesir eden bir vesikanın sahteliği tebeyyün ederse, bunu tesbit eden hükmün muhakemenin iadesi safhasında berterafı imkânsız derecede zorluk tevhit eyleyecektir.

c — Cezai müstelzim bir fiilin vücudu sebebiyle vuku bulan bir muhakemenin iadesi, diğer sebepler ile yapılan muhakemenin iadesine nisbetle çok daha fazla zaman alacak ve dava uzun bir müddet devam edecektir; zira, bu sebeple muhakemenin iadesi talep edilebilmek için vücuduna istinat edilen cezaî müstelzim fiil hakkında dava açılması ve devam eden bu davanın nihayetlenmesinden sonra ikinci bir merhale olan muhakemenin iadesi yoluna gidilmesi gerekecektir.

d — Muhakemenin iadesi hukukî çaresi mevcut ve inanılan bir haksızlığın bertarafı gayesine müteveccihdir. Böyle bir çareye tevessül edildiği takdirde, kanun vazının bu yolu zorlaştırması değil, bilakis kolaylaştırması gerekir.

B — Maddenin lehinde dermeyan edilmiş bulunan fikirler :

a — Dava hüküm ile neticelenmiş ve bu sebeple ortada bir kesin hüküm mevcuttur. Kesin hükme karşı delil ikame etmek suretiyle taarruz bu delilin daha önce bir ceza davası konusu olması ve bunun neticesinden sonra kesin hükme yönelmesi, kesin hüküm otoritesi sebebiyle arzuya şayandır; zira bu ana kadar, yani delil serdi neticesi ceza davası neticeleninceye kadar kesin hüküm sarımsız ortada durmalıdır (89).

b — Muhakemenin iadesi cezaî müstelzim bir fiilin mevcudiyetine dayanmakta ise, bunun daha önce başka bir mahkemede kesin hüküm ile neticelenmesi, eski hükmün kesin hüküm otoritesini kuvvetlendirecek ve iddiaların doğruluğu meydana çıktıktan sonra bu sebeple muhakemenin iadesi talep olunabilecektir (90).

c — CMUK nun 332 ci maddesi muhakemenin iadesi usulüne

89) von Kries, 702.

90) West, ZStRW. 16/248.

basitlik, açıklık ve emniyet getirmektedir (91). Şayet muhakemenin iadesi usulünde, vücuduna istinad edilen ve iade sebebi olan cezaî müstelzim fiilin de bu vasfı bir ön mesele olarak tetkik edilmek mecburiyeti olursa, muhakemenin iadesinin tetkik ve kabulü için çok önemli olan bazı hususlar, karar verilinceye kadar kati bir şekilde tesbit edilemeyecektir (92).

d — Hâkimin vazifesini suiistimali, şahit veya bilirkişinin hakikat hilâfına şahitlikte bulunduğu veya rey vermiş olduğu iddiasının müstakil bir dâva konusu olarak tetkik edilmeden, muhakemenin iadesi usulü içinde bu hususların da birlikte tetkiki, bu şahısları kendilerini müdafaa etmek imkânından mahrum bırakabilecektir.

e — Cezaî müstelzim bir fiilin mevcudiyeti sebebiyle yapılan muhakemenin iadesi talebi, ilk hükmün hatalı olduğunu göstermekte ve bu önmelele katileşen bir hüküm ile neticelenmediği takdirde, bu sebeple verilecek iadenin kabulü *kararı*, ilk hükmü bertaraf etmiş olacaktır. Halbuki, cezaî müstelzim bir fiilin vücudu sebebiyle iade talep olundukta, bu fiil dolayısıyla elde edilen *katileşmiş* hüküm, böyle bir çelişmeyi bertaraf edecektir (93).

f — CMUK nun 332 ci maddesi sebebiyle meydana gelen durumun lehe olan tesirleri, ilk dâvada dinlenen şahit beyanları ile ve verilen bilirkişi raporlarının değişik olması halinde görülmekte bu, CMUK nun 327 ve 330 uncu maddesinin 2 ci fıkrası sebebiyle yapılan iade talebi halinde bilhassa ehemmiyet arz etmektedir. İlk dâvada yeminle dinlenen şahitlerden veya rey veren bilirkişilerden bazıları maznunun lehine diğer bazıları aleyhine kasten veya taksir ile hakikat hilâfı şahitlikte bulunmuş rey vermiş ise bunlar hakkında CMUK nun 332 ci maddesine göre yapılan muhakeme neticesi verilen ve kesinleşen hüküm ile neticelenen dâvadan sonra talep olunan iade dâvasında, mahkûm olmuş bulunan şahit veya bilirkişinin durumları diğer şahit veya bilirkişiler gibi itimada şayan olmayacak ve CMUK 52 ci maddesine göre yeminsiz dinleneceklerdir (94).

g — Mevaz kanunun, CMUK muzun 332 ci maddesinin karşılı-

91) West, ZStRW. 16/248.

92) West, ZStRW. 16/248.

93) West, ZStRW. 16/248, 249.

94) West, ZStRW. 16/249.

ğı olan 364 (404) cü maddesinin esbabı mucibesinde (95), cezai müstelzim bir fiil sebebiyle muhakemenin iadesi talep edildikte, bunun kesinleşmiş bir hüküm ile neticelenmiş olmasının arzuya şayan bulunduğu sarahatle kaydedilmektedir.

h — Muhakemenin iadesi mevcut bir haksızlığı bertarafa müteveccih bir hukukî çare olduğuna göre, bu mekanizmanın işleyişinin mümkün olduğu kadar şekilsiz ve basitleştirilmiş bir usul içinde cereyanı arzu edilmektedir. Ancak, unutmamak lâzımdır ki, muhakemenin iadesi usulü mevcut bir kesin hükme karşı işlemekte ve kesin hüküm otoritesinin sarsılmaması için de kanun vazı azami dikkati göstermek mecburiyetindedir. Bu sebeple, cezaî müstelzim fiilin vücudu sebebiyle önce kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün aranması, önceki kesin hüküm otoritesi sebebiyle yerinde bir hükümdür.

Maddenin lehinde ve aleyhinde ileri sürülmüş ve sürülmesi mümkün bazı fikirlere temas etmiş bulunuyoruz. Mehaz kanunun tâdili hususunda Almanyada hazırlanmış bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun tasarılarının hemen hepsi bugün 364 üncü maddede ifadesini bulan bu hükmü aynen kabul etmiştir (96).

2 — CMUK muzun 332 ci maddesinin tatbikinin şumulü

CMUK muzun 332 ci maddesinin tatbiki şumulü nedir? Beyan edelim ki bu husus bugünkü doktrinde muayyen bir vadide ittifak halinde gözükmemekte ise de, mehaz kanunun kabulünden hemen sonra çok derin fikir ayrılıklarının meydana gelmesine sebep olmuştur. Bilhassa Eyalet Yüksek Mahkemesi Üyesi West ile Greiswald Asliya mahkemesi hâkimi Ditzen arasındaki fikir mücadeleleri Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft isimli derginin müteaddit ciltlerinde bilhassa esaslı bir yer işgal etmiştir (97).

332 ci maddemizin mehazı olan Alman Ceza Muh. Us. Kanununun 364 üncü maddesinin zaman içindeki anlaşılış ve tatbik edilmiş şekli çeşitli olmuştur. Bunları aşağıdaki şekilde sistemleştirmek mümkündür.

95) Hahn, Mat. I/265.

96) Bu tasarılar için bakınız: Löwe-Rosenberg, 19/985.; Aynı kanaat West 16/250.

97) Bu fikir mücadeleleri için bakınız: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Cilt 16 ve 18.

1 — CMUK nun 332 ci (mehaz 364) maddesi muhakemenin iadesinin leh veya aleyhte olması halinde, iade sebeplerinin hepsi için kabili tatbiktir. Bunun için aranması gereken kıstas, iade sebebinin bir suçun vücudu sebebiyle yapılıp yapılmadığı keyfiyetidir. Şayet, sebep bir suçun vücudu ise, önce o suç için kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü aranır. Bu fikir ilk olarak West (98) tarafından ortaya atılmıştır. Müellife göre, CMUK nuun 327 ci maddesinin 2 ci fıkrasına göre bir şahidin yalan yere beyanda bulunmuş olması sebebiyle ilk hüküm mahkûmiyet ile neticelenmiş ise muhakemenin iadesi için dermeyeran edilen yeni şahitler, önce dinlenmiş bulunan şahit beyanlarından farklı ve hattâ bunların aksini ifade edecekleri sebebine dayanmakta ise, muhakemenin iadesi talebi 327 ci maddesinin 5 inci fıkrasına göre, yani yeni vakıa veya deliller serdi sebebiyle değil, 327 inci maddenin 2 inci numarası sebebiyle yapılabilecek ve bunun için önce CMUK nun 332 ci maddesine göre ilk hükümde beyanda bulunan şahit veya bilirkişilerin mahkûm olması şartı aranacaktır.

İleri sürülmüş bulunan bu fikir, bazı Alman mahkemelerince de benimsenmiştir (99). Bu görüşün doğruluğu sadedinde ileri sürülmüş bulunan fikir şudur: 332 ci madde, CMUK nun 327 ci maddesinin 5 inci fıkrası sebebiyle yapılmak istenilen iade sebebi için dahi varittir; zira kanun 332 ci maddede umumî bir ifade tarzı istimal eylemiş, maddenin yalnız 327 ve 330 uncu maddelerin 1 den 3 e kadar olan numaraları için kabili tatbik olduğu hususuna dair, Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 581 inci pragrafı hilâfına, bir sarahati ihtiva etmemektedir (100).

Demekki müellif, kanunda sarahat bulunmamais sebebiyle 332 ci maddenin 327 ci maddenin 5 inci numarası sebebi ile de yapılan iadei muhakeme bakımından kabili tatbik olduğu fikrindedir (101).

2 — Diğer görüş 332 ci maddenin CMUK nun 327 ve 330 uncu

98) ZStRW. 16/252.

99) KG. 2. CD. 5.2.1927 bu karar için bak, JW. 56/2073.; KG. 2. CD. 6.6.1928, bu karar için bak, JW. 57/1950.

100) Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü kanununun 581 inci maddesi şöyledir: Bundan önceki maddenin 1 den 5 e kadar olan numaralarında gösterilen sebeplerle muhakemenin iadesinin talep olunabilmesi için, cezaî müstelzim fiil dolayısıyla kesinleşmiş hüküm bulunması gerekir.

101) West, ZStRW. 16/247.

maddelerinin 1 den 3 e kadar olan numaralarında gösterilen sebepler dolayısıyla yapılan muhakemenin iadesi hallerinde kabili tatbik olduğu kanaatındadır. Bugün Almanyada hâkim kanaat da bu fikri benimsemiştir (102). Bu fikrin doğruluğu sadedinde şu hususlar ileri sürülmektedir:

a — Evvelâ şunu kaydedelim ki, me haz kanununun esbabı mu cibe lâyihası 364 (404) üncü maddesinde, bu maddenin 359 ve 362 ci maddelerin 1 den 3 e kadar olan numaralarında gösterilen cezaî müstelzim fiiller için kabili tatbik olacağını belirtmiştir (103). Bu maddeler kanunumuz sistemine göre, 332 ci maddenin 327 ve 330 uncu maddelerinin 1 den 3 e kadar olan numaraları için kabili tatbik demektir.

b — CMUK nun 332 ci maddesinin ifade tarzı da, bu maddenin yalnız 327 ve 330 uncu maddelerin 1 den 3 e kadar olan numaraları için kabili tatbik olduğunu gösterir. Gerçekten, 332 ci maddenin tatbik edilebilmesi için, iade sebebi olarak cezaî müstelzim bir fiilin iddia (behauptet) edilmesi kâfi gelmemekte, bundan başka iade sebebi olarak ileri sürülen iddianın cezaî müstelzim fiile istinad (gegründet) etmesi de icap etmektedir (104).

c — Muhakemenin iadesi hukukî çaresinin gayelerinden bir tanesi de, istinaf derecesinin yokluğundan neşet edebilecek olan mahzurları bertaraf etmektir. Şayet, 327 ci maddenin 5 inci numarası sebebiyle dahi, yani yeni delil veya vakıanın cezaî müstelzim bir fiilin mevcudiyetine temas etmesi halinde de 332 ci maddenin tatbiki şartını aramak muhakemenin iadesi müessesesinin işleyişini zorlaştıracaktır. Bu ise istinafın mahzurunun bertaraf etmek isteyen bir müessesenin fonksiyonu ile kabili telif olamaz (105).

d — Muhakemenin iadesi talebi 327 ci maddenin 1 den 3 e kadar olan numaralarında gösterilen sebepler dolayısıyla yapılmakta ise, bu takdirde cezaî müstelzim fiil için mahkûmiyet şart ve kâfi-

102) Kohlrausch, 25/355.; Walter, 34.; Bennecke - Beling, 610.; von Kries, 709.; Dalcke - Fuhrmann - Schaefer, 1611; Birkmeyer, 736.; Gerland, 441.; KMR, 572, 579.; Schwarz, 164/84.; Fischer, 48.

103) Hahn, Mat. I/265.

104) Ditzen, ZStRW. 18/70.; Löwe - Rosenberg, 19/986.; Fischer, 48.; Mezger, JW. 1927/2074.

105) Kohlrausch, 24/355.; Löwe - Rosenberg, 19/986.;

dir. Şayet iade talebinde bulunan şahıs yeni vakıa veya delileri, sırf bir vakıa veya delil olarak ibraz edebilmek hakkına sahip ise, bunun cezaî müstelzim bir fiil olması veya olmaması haizi ehemmiyetli değildir. Bu takdirde dermeyeran olunan yeni vakıa veya delillerin eski hükmün hatalı olduğunu ortaya koyma vasfı aranacaktır (106).

e — Şayet, talepte bulunan, ikame ettiği yeni şahitler ile, eski şahitlerin yalan söylediklerini değil, yeni şahitler ilk hüküm verilirken dinlenmiş olsalardı, mevcut hükmün aleyhe tesis edilmeyeceği iddia edilmekte ise, bu takdirde CMUK nun 327 inci maddesinin 5 inci numarası sebebiyle yapılmış bir muhakemenin iadesi bahis konusu olup, 332 ci maddenin tatbikine lüzum yoktur (107). Beyan edelim ki, Alman tatbikatı bu görüşe de yer vermiştir (108).

3 — Diğer bir görüş Schmidt (109) ve Löwe - Rosenberg (110), tarafından ileri sürülmektedir. Bu müelliflerin fikirlerine göre, 332 ci madde esas itibariyle 327 ve 330 uncu maddelerin 1 den 3 e kadar olan numaraları için kabili tatbiktir. Bu sebeple West tarafından ileri sürülmüş olan ve yukarıda tetkik ettiğimiz fikri kabul etmezler. Ancak, 332 ci maddenin 327 ve 330 uncu maddelerin 1 den 3 e kadar olan numaraları bakımından mutlak surette tatbik kabiliyeti olmadığını, 327 ve 330 uncu maddenin 1 inci numarasının, bazı hallerde, 332 ci maddenin tatbiki dışında bulunduğunu belirtirler. Müelliflerin verdikleri misal şudur: Sahte bir vesikanın aldatma gayesi olmadan hataen ibraz edilmiş olması halinde CMUK nun 332 ci maddesi tatbik edilmeyecektir.

3 — *Türk hukukundaki görüşler*

CMUK muzun 332 ci maddesinin tatbiki şumulü sebebiyle ileri sürülen fikirlerin bir kısmı meselenin mahiyeti ve bünyesi nazara alınmak suretiyle belirtilmiş, diğerleri ise, 332 ci maddenin muhtevası nakledilmek suretiyle şumulü üzerinde durulmamıştır.

Kantar (111) ve Taner (112) CMUK muzun 332 ci maddesinin

106) Walter, 34.; von Kries, 709.; Bennecke-Beling, 102.; Gerland, 447.

107) Ditzen, ZStRW. 18/56.

108) Bu kararlar için bak: Walter, 34.

109) Schmidt, 1060.

110) Löwe - Rosenberg, 20/880.

111) Kanter, 415.

112) Taner, 404.

yalnız, 327 ve 330 uncu maddelerin 1 den 3 e kadar olan numaraları bakımından kabili tatbik olduğu kanaatındadırlar. Erem (113) bu hususta bir ayırma yapmamakta, umumî bir ifade tarzı kullanmak suretiyle suç sebebi ile yenilemenin mümkün olabilmesi için kesinleşmiş mahkûmiyetin mevcudiyetini aramaktadırlar. Bizce CMUK muzun 332 ci maddesi ancak 327 ve 330 uncu maddelerin 2 ve üçüncü fıkraları bakımından kabili tatbiktir.

Temyiz mahkememizin bahis konusu olan mesele hakkındaki kanaatinin 5 inci Ceza Dairesinin 21.6.1957 tarih ve 3641/4006 sayılı kararından, şu şekilde olduğunu anlıyoruz: Muhakemenin iadesi yeni delil ve vakıalar ikamesi sebebiyle yapılırsa ve ikâme edilen delil ve vakıalar evvelce dinlenmiş olan şahısların iftira suçunu işlemiş olduklarını objektif olarak gösterecek mahiyet arzetymekte ise, iadenin talep edilebilmesi için kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün bulunması lâzzım gelmektedir.

Yukarıdanberi izah etmiş bulunduğumuz sebepler muvacehesinde Temyiz Mahkememizin fikrine iştirak edemiyoruz. CMU Kanununun 332 ci maddesi 327 ve 330 uncu maddelerin yalnız 2 ve 3 numaralı bentlerinde gösterilmiş bulunan hallerde kabili tatbiktir. Şayet şartları tahakkük ederse, 1 numaralı bent için de 332 ci madde tatbik edilecektir. CMUK nun 327 inci maddesinin 5 inci fıkrasına göre, yeni delil veya vakıalar ikamesi suretiyle yapılan muhakemenin iadesinde, objektif olarak bir suç işlendiğini gösterir mahiyette olsa dahi 332 ci maddenin bu halde tatbik edilmesine imkân yoktur (113 a). 332 ci madde doğrudan doğruya cezaî müstelzim fiilin vücuduna istinat edildiği takdirde tatbik edilebilir. Talepte bulunan kimse cezaî müstelzim fiili iddia edip ona istinat etmelidir. Talep, şahidin beyanının objektif olarak doğru olmadığı hususuna müteveccih ise, 332 ci madde kabili tatbik olamaz (113 b).

4 — 332 ci maddenin tatbiki

Cezai müstelzim bir fiilin (114) vücuduna istinad olunarak mu-

113) Erem, 32.

113 a) Peters, 538.

113 b) Beling, Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1928/435 not 1.

114) Kanunumuz «cezaî müstelzim bir suçun» vücuduna istinad edilmesi tabirini kullanmıştır. Mehaz kanun «cezaî müstelzim fiil» tabirini istimal etmektedir. Mehaz kanunu tercüme eden İstanbul Komisyonu da maddeyi mehazda olduğu gibi cezaî müstelzim fiil olarak tercüme etmiş-

hakemenin iadesi, yukarıda beyan ettiğimiz şartlar içinde talep olundukta, talebin kabulü hususunda kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün ibrazı şarttır. Bu hüküm muhakemenin iadesi talebinin esasını teşkil eder (115). Bu sebeple şüphe halinin mevcudiyeti kâfi değildir (116).

Cezaî müstelzim fiilin iddia edilmesi, bunun tahkik ve tesbitinin ayrı bir dâva konusu olması neticesi mümkündür. Bu sebeple, iddia olunan cezaî müstelzim fiil için, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bütün hükümleri, bu fiil sebebiyle dâvanın açılmasında, ve mahkemenin selâhiyet ve vazifesinde tatbik olunacaktır. Bilhassa CMUK nunun 147 ve 165 inci maddeleri tamamen kabili tatbiktir (117). Duruşmada ihticac olunan ve hükme tesir eden bir vesikanın sahteliği tebeyyün ederse bu hal CMUK nun 327 ve 330 uncu maddelerinin 1 inci numarasına göre hem lehe hem de aleyhe muhakemenin iadesi sebebi olabilecektir. Böyle hallerde, failin sahtecilik kastı olmaması sebebiyle beraet etmiş ise, muhakemenin iadesi mümkün müdür? Meselâ, duruşmada ihticac olunan bir vesika faile miras yolu ile intikal etmiş ve fail bunun muris tarafından kendisine herhangi bir sahtecilik fiiline mevzu teşkil etmeden intikal ettiğini zannetmiş ve bu zan ile mahkemeye ibraz etmiş bulunsun (118). Bu halde mesele nasıl halledilecektir? Bazı müellifler (119) muhakemenin iadesinin, mahkemedan sadır olan hükmün mahkûmiyet olmaması, fakat vesikanın sahteliğinin belirtilmesi halinde, mümkün olduğu fikrindedirler. Diğer bazı müellifler (120) mahkûmiyet şartını ararlar. Kantar (121), Erem (122), hükmün vesikanın sahteliğini tesbit etmiş olmasının kâfi olduğu kanaatında, ayrıca failin ceza görmesine lüzum olmadığı fikrindedirler.

tir. Fakat kanunda Ankara'da yapılan tadiller sırasında «fiil» tâbiri «suç» şekline konmuştur. «Suçun» ibaresini «fiilin» şeklinde anlamalıdır.

115) Löwe - Rosenberg, 19/986.

116) Dalcke - Fuhrmann - Schaefer, 1611.

117) Erbs, 315.; Löwe - Rosenberg, 19/986.

118) Bu misal Alman müelliflerince verilir. Bakınız, Fischer, 25.; Hentig, 60.

119) von Kries, 704.; Rosenfeld, 266.; Birkmeyer, 736.

120) Löwe - Rosenberg, 19/974.; Gerland, 438.; Bennecke - Beling, 600 not 15.

121) Kantar, 409.

122) Erem, 32.

Hattâ Kantar (123) bu şekil hal tarzının adil ve mantıkî olduğunu kabul etmekle beraber, kanunî olduğunu kabulde mütereddittir.

Kanaatımızca, yukarıda 332 ci maddenin tatbikinin şumulünü tesbit ederken Löwe - Rosenberg ve Schmidt'in fikirlerinden mülhem olarak belirtmiş bulunduğumuz gibi, CMUK muzun 327 ve 330 uncu maddelerinin 1 inci numarasında gösterilen hal kaide olarak 332 ci maddenin tatbikini icap ettirmez. 332 ci maddenin tatbikinin gerekmediği hallerden birisi de bu zikretmiş bulunduğumuz durumdur. Failin kastı olmaması sebebiyle cezalandırılması mümkün değilse, bu takdirde yeni vakıa veya delil sebebiyle ve 327 inci maddenin 5 numarasında gösterilen sebep ile muhakemenin iadesi mümkündür. Kunter (124) bu noktaya haklı olarak temas etmekte ve 332 ci maddenin sadece suç teşkil eden sebepleri nazara aldığını kaydetmektedir.

Bu sebeple diyebiliriz ki, muhakemenin iadesi cezaî müstelzim bir fiilin vücuduna istinat etmekte ise mahkûmiyet hükmünün bulunması şarttır. Dâva delil yokluğu sebebiye veya diğer herhangi bir sebep ile beraet ile neticelenmiş ise, 332 ci maddenin vücudu sebebiyle muhakemenin iadesi talep edilmeyecektir. Gine CMUK nun 332 ci maddesinin tatbik edilmemesi için diğer bir sebep de, fail hakkında fiili veya hukukî sebeplerden dolayı takibat yapılmasının imkânsızlığıdır. Meselâ, failin ölmüş olması, gaip olması, cezaî müstelzim fiilin müruru zamana uğramış bulunması veya o fiil hakkında umumî veya hususî affın bulunması veya failin akıl hastası olması hallerinde olduğu gibi. Bu hallerde CMUK nun 337 ve müteakip maddelerine göre muamele olunacaktır (125); Muhakemenin iadesi talebinin 332 ci maddenin şartları olmadan kabulü için, cezaî müstelzim fiilin mevcudiyeti iddia edilmeli ve takibat ve tahkikatın icra ve devamının mümkün olmadığı isbat olunmalıdır (126).

5 — Mehaz kanunun yeni şekli

Mehaz Alman Kanunu 1953 senesinde tadil edilirken, kanunumuzun 332 ci maddesinin mehazı olan 364 üncü maddeye yeni bir

123) Kantar, 409.

124) 648 not 124.

125) Löwe - Rosenberg, 19/986.; Schmidt, 1061.

126) Schmidt, 1061.

fıkra ilâve edilmiştir. Bu ikinci fıkraya göre «359 uncu maddenin 5 inci numarası tatbik edilmez». Yani hukukumuzda göre, CMUK muzun 327 ci maddesinin 5 inci fıkrası sebebiyle yapılan muhakemenin iadesi taleplerinde, 332 ci madde uygulanmayacaktır. Bu na göre muhakemenin iadesi yeni vakıa veya deliller ikâmesi suretiyle talep edilirse, ve yeni vakıa veya deliller objektif olarak bir suç işlenmiş olması sebebine dayansa dahi, bu halde suç için kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü aranmayacaktır. Kanun vazını maddeye böyle bir hüküm sevkine götüren sebep, gerek doktrin ve gerek tatbikatta 332 ci maddeye verilen mâna ve anlaşılış şeklindeki farklılığa mâni olunması, durumun vuzuha kavuşturulmak istenmesidir (127).

127) Schmidt, 1060.; Löwe - Rosenberg, 20/889.