

PAPER DETAILS

TITLE: MUHAKEMENİN İADESİNDE REFORM

AUTHORS: Ayhan ÖNDER

PAGES: 59-114

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96733>

MUHAKEMENİN İADESİNDE REFORM (*)

(Muhakemenin Yenilenmesi)

Prof. Dr. Ayhan ÖNDER

§ I — MUHAKEMENİN İADESİ VE KESİN HÜKÜM MEFHUMU :

Her muhakemenin mutlak gayesi hakikatin meydana çıkarılmasıdır. Mahkemenin verdiği hüküm ile neticelenen muhakeme maddî hakikatin ifadesi olmalıdır. Bu fonksiyonu ile her muhakemenin iki gayesi vardır; evvelâ Devletin ceza verme hakkı bu hüküm ile tesis edilmiş bulunmalı, saniyen hüküm, meydana gelen çalışmayı bertaraf etmelidir. Bu kaidelerin tabii neticesi şu olmaktadır ki, Devlet cezalandırma hakkı mevzuunda organları vasıtasıyla münferit bir hâdiseyi halletmek zorundadır ve bu şekilde halledilmiş bir muhakeme de tamamen neticelenmiş ve değiştirilemez hale gelmiştir ki, buna da kesin hüküm diyoruz. Kesin hüküm mahiyetini almış bulunan bir hükmün infazı mümkün bulunmakta, bundan başka, bu hükme karşı normal kanun yolları ile taarruz imkânı bulunmamaktadır. Beyan edelim ki, her muhakemenin gayesi maddî hakikati meydana çıkarmak ve bu şekilde devletin düzenini bozan fiil sebebiyle faili haklı bir ceza ile cezalandırmak isede, bu ideal bir taleptir. Bütün imkânların mevcudiyeti halinde dahi mahkemenin hükmüne esas olarak kabul eylediği hakikat şekli bir hakikat olarak kalabilmektedir. Bir hâdisenin vukuu ve buna ait delillerin mahkemeye arzı şekli ile, hakikatte vak'anın tahakkuk şekli birbirinden tamamen başka bir biçimde gerçekleşmiş olabilir. Bu takdirde, vak'anın mahkemeye doğru bir şekilde aksetmiyeceğini kabul edip mahkemelerin hüküm tesis edememesi neticesine varmak veya, verilen hükümleri daha sonra meydana çıkacak hâdiseler muvacehesinde değiştirilmesini kabul etmek gerekecektir.

Bu varılan iki neticenin de kabulü mümkün değildir. Gerek Devletin gerek şahısların menfaati müşahhas bir vak'anın şekli ba-

(*) Bu yazı İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü tarafından 26-28 Nisan 1973 tarihleri arasında tertiplenen Ceza Adaleti Reformunun İlkeleri Sempozyumu II. ve sunulan rapordur.

kımdan bir neticeye varmasını istemektedir. Bizim Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, mahkemelerin vermiş bulundukları hükümlerin maddî hakikate mümkün olduğu kadar tetabuk etmesini temin edecek müesseseleri kabul eyledikten sonra, yani kanun yollarına da müracaat edildikten sonra, mahkemelerden sadır olmuş bulunan hükümlerin kesin hüküm mahiyetini iktisap etmelerini kabul etmiştir.

Beyan edelim ki, maddî hakikat ve kesin hüküm müessese ve mefhumları hakikatte birbirlerine karşı olan iki varlıktır ve bu birbirine zıt iki müessese arasında kompromis bir hal tarzı bulmak da kanun vazı için pek de kolay olmamıştır.

Maddî hakikat müessesesi esas olarak kabul edildiği takdirde, mahkemeden sadır olan hükümlerin kesin hüküm hüviyetini almaları kabul edilmiyecek, buna karşı kesin hüküm mefhumu esas olarak kabul edildiği takdirde maddî hakikate uymayan hükümler için muhakemenin iadesi çaresinin değil, af yolunun istimal edilmesi talep edilecektir. Temas eylediğimiz veçhile kanun koyucu, yukarıda ifade edilen abstrak ve birbiri ile konsekan olan fikrî ve mantikî neticeleri kabul etmemiş, buna karşı hayatın realitelerine inerek kompromis bir hal tarzı bulma yolunu ihtiyar eyleyerek hem maddî hakikatin meydana çıkarılmasına gereken ehemmiyeti vermiş, bunun yanında da kesin hüküm müessesesini de tamamen bertaraf etmemiştir. Yani, tesbit edilmiş bulunan ve sıkı şartlara bağlı olan hallerin tahakkukunda, maddî hakikatin meydana çıkarılması pahasına kesin hüküm müessesesinden fedakârlık yapmaktan kanun koyucu çekinmemiştir.

Kesin hükmün kabul edilmediği hallerde gerek devlet ve gerek ferdin içinde bulunacağı kat'iyetsizlik muvacehesinde kesin hükmün mutlak surette kabul edilmesi gerekirsede, maddî hakikat muvacehesinde mevcut kesin hüküm kuvvetini almış bulunan ve hakikate uymayan bu kesin hükme itibar etmenin değeri ne olacaktır?

İşte bu sebep ve düşünüş dolayısıyledir ki, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz 4 üncü kitabında ve kanun yollarını tanzim eden 3 üncü kitaptan sonra ve müstakil olarak «Muhakemenin iadesi» müessesesini kabul etmiştir. Bu müessese kendisinden önce ge-

len kanun yollarından bilhassa tesbit ve tahdit edilmiş bazı haller dolayısıyla tatbik edilebileceği, infaza mani olmayacağı ve herhangî bir müddete de bağlı olmayacağı gibi hususlarla ayrılmaktadır.

§ II — MUHAKEMENİN İADESİNİN HUKUKİ BÜNYESİ ve TARİFİ :

1 — Hukukî Bünyesi :

CMUK'muzun 4 üncü kitabının 1 inci faslında muhakemenin iadesi müessesesi kabul edilmiştir. Bu müessesenin zarureti hususunda bugün hiç bir tereddüt yoktur ve lüzumlu olduğu herkesçe kabul olunmaktadır. Muhakemenin iadesi, kesinleşmiş bir hükmün maddî temellerini sarsabilecek mahiyette yeni sebeplerin tahaddüsü zımnında hükmü bertaraf etmek için müracaat edilen bir *olağanüstü hukukî çaredir*. Biz muhakemenin iadesinin bir olağanüstü hukukî çare olduğuna kaniyiz. Zira kanunumuzun mehazi olan Almanya'da, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunumuzda kabul edilmiş bulunan bu müessese bir olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilmediği gibi, ekseri müelliflerce de kanunun tanzim şekline uyarak olağanüstü bir hukukî çare olarak kabul edilmektedir. Beyan edelim ki, eskiden Almanya'da da kanun yolları, olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye tefrik edilmekteydi. Olağan kanun yollarından anlaşılan husus, itiraz, istinaf ve temyiz idi. Olağanüstü kanun yolu olarak da muhakemenin iadesi kabul edilmişti. Fakat mehz kanunun kabulünden sonra bu tefrik terk olunmuş ve kanun yolu olarak itiraz, istinaf ve temyiz kabul edilmiş, olağanüstü kanun yolu diye bir müesseseye yer verilmemiş, muhakemenin iadesi ise olağanüstü bir hukukî çare olarak benimsenmiştir. Bundan başka, olağanüstü kanun yolu her hâdisede tatbiki kaide olabilen bir tariktir. Halbuki muhakemenin iadesi bir hukukî çaredir; zira münferit ve fevkalâde hâdiseler için kabili tatbiktir.

Türk hukukunda bazı müellifler, muhakemenin iadesinin olağanüstü bir kanun yolu olduğu kanaatindedir. Yukarıda temas ettiğimiz gibi, bu şekil bir ıstılah istimali kanunda olmıyan bir hususu yaratmaktadır. Hatta, CMUK 333 üncü maddesinde mevcut «Kanun yollarına müracaat hakkındaki umumi hükümler, muhakemenin iadesi talebi hakkında dahi caridir» hükmü, müesseseyi bu se-

bepile olağanüstü bir kanun yolu haline getirmez. Mehzaz kanunu sistematik olarak izah eden bazı müellifler, müesseseyi kesin hüküm ve bunu kaldıran sebepler kısmı içinde, kanun yollarından ayırır ve müstakil bir bahiste tetkik ederler. Kanaatimizce de muhakemenin iadesini kanun yollarından ayıran sebepleri şu şekilde tesbit edebiliriz:

a) Muhakemenin iadesi talebi, kanunumuz sistemi icabı, işin daha yüksek bir mahkemeye götürülmesi ve tetkiki neticesini tevhit etmez. Müracaat, hükmü veren mahkemeye yapılır ve tetkikat da yine bu mahkemede yapılmaktadır. Hattâ, CMUK 335 inci maddesi nazara alındığında görülür ki, bazı hallerde iadeyi muhakeme talebi daha aşağı vazifeli mahkemeye yapılmaktadır. Bu sebeple, iadei muhakeme talebinin, kanun yollarında bir hususiyet olan devolutiv tesiri, yani işi başka ve yüksek vazifeli mahkemeye götürücü tesiri yoktur.

b) Muhakemenin iadesi, kusur meselesini değil, bunun dışındaki bulunan ve kanunumuzun 327/1-2 ve 330/1-2 maddelerinde tayin olunan delilleri ilgilendirdiği gibi, yine CMUK 327/3 ve 330/3 maddeleri istisna edildiği takdirde, hukuki hatalara da istinat edemez.

c) Kanun yollarının diğer bir vasfı da, müracaat edildiği takdirde hükmün kesin hüküm kuvvetini alabilmesine mani olmasıdır. Halbuki, muhakemenin iadesi esasen hüküm halini almış hükümlere karşı tatbik olunan hukukî bir çaredir. Kanun yoluna müracaatın mani olduğu husus, muhakemenin iadesinde talep şartıdır. Demek ki, muhakemenin iadesi talebi, suspensiv tesiri haiz değildir.

d) Beyan edelim ki, kanun yolu görülmekte olan ceza davasının bir kısmıdır. Ceza davasının süratle inkişafı arzu olunan bir prensip olması sebebiyle, kanun yoluna müracaat daima bir müddete tâbi tutulmuştur. Müddet geçilirse, bu yola gidebilme hakkı düşer. Halbuki, muhakemenin iadesi talebi bir müddete tâbi değildir ve kanun yolu için çok karakteristik olan bu vasfı, muhakemenin iadesi müessesesinin mahiyetine de uygun düşmez.

e) Muhakemenin iadesinin kanun yolu olmadığına diğer bir delili CMUK. nun 22/1 maddesinin tatbik edilememişinde görülür. Muhakemenin iadesi kanun yolu olmadığı için, iadei muhakemenin

talep olunduğu hükme iştirak eden hâkimin yeniden yapılan duruşmaya bakamıyacağı (md. 22/1) burada tatbik edilmez.

f) Nihayet kanunumuzun sistematigi nazara alınınca görüleceği veçhile, muhakemenin iadesi, kanun yollarının tesbit olunduğu 3 üncü kitapta değil, bundan sonra gelen ve müstakıl bir kitap olan 4 üncü kitapta tanzim edilmiştir.

2 — Tarifi :

Muhakemenin iadesinin tarifi mevzuunda çeşitli görüşler vardır. Birkmeyer'e göre, maddî hakikate uymayan ve herhangi bir mahkemeden verilmiş bulunan, kesinleşmiş olan hükümlere karşı ne devolutiv ve ne de suspensiv tesirden mahrum fevkalâde bir kanun yolu olup, yeniden yapılacak duruşma neticesi eski hükmün kaldırılması için tatbik edilen bir müessesedir.

Beling, bazı sebeplerin mevcudiyeti halinde kesin hükümden fedakârlık yapılmasını gerektiren ve bunun şekli hakikate uyması sebebiyle haiz olduğu tesirleri bertaraf eden, maddî hakikatin tesbiti gayesine müteveccih olarak eski davanın yenilenmesidir ve bu sebeple de olağanüstü bir hukukî çaredir, demektedir.

§ III — KANUNUMUZDAKİ MUHAKEMENİN İADESİ SEBEPLERİNİN SİSTEMLEŞTİRİLMESİ :

CMUK. muz muhakemenin iadesi sebeplerini 327. ve 330 uncu maddelerinde göstermiştir. Bu şekilde kanunumuz lehe ve aleyhe muhakemenin iadesini ve aynı zamanda muhakemenin iadesinde sayma ve tahdidî sistemi benimsemiş oluyor. Gerçekten mukayeseli hukukta, ileride göreceğimiz gibi iki sistem vardır. Kanunumuz kazuistik sisteme iltifat etmektedir. 327 ve 330 uncu maddeler tetkik edildiğinde görülecektir ki, kanun muhakemenin iadesi sebeplerini üç gurup içinde mütalâa ve tetkik etmektedir.

327 ve 330 uncu maddenin 3 üncü numarasında gösterilen ilk gurup, hâkimin suistimaline mani olarak davaların ciddiyet ve emniyetini korumak istemektedir.

İkinci gurup sebepler, 327 inci maddenin 1, 2 ve 4 üncü numaralarında gösterilmiş olup, hükme esas olarak kabul edilmiş bulu-

nan subut delillerine ve bunların meydana getirdiği haksızlığı bertaraf gayesine müteveccihdir. Aynı gaye, 330 uncu maddenin 4 üncü numarasında da müşahade edilir.

Üçüncü grup sebep ise 327 inci maddenin 5 numarasında gösterilmiş olup, umumî bir kaide vaz etmekte ve yeni vakıa veya delillerin mevcudiyeti halinde eski hükmün dayandığı temellerin sarılması halini muhakemenin iadesine sebep olarak kabul etmektedir.

Muhakemenin iadesi sebepleri mahiyetleri bakımından da tefrike tâbi tutulduğunda, bunların iki kategori içinde mütalâaları mümkündür. Birinci tip sebepler, ilk hüküm tesis edilirken mahkemece malûm olmakta fakat daha sonra bunların sahteliği tebeyyün etmekte veya hükmün tesis edilmesine, yani hâkimin hükmü tesis ederken gösterdiği faaliyete tesir etmektedirler. Bu sebeplere doktrinde «propter falsa» denilmektedir.

İkinci tip sebepler, hüküm tesis edilirken mahkemece bilinmeyen ve bu sebeple ikamesinden sonra mevcut hüküm bakımından ehemmiyetli olan sebeplerdir. Bunlara da doktrinde «propter nova» denilmektedir.

Yine kanunumuzca kabul edilmiş bulunan sebepler tetkik edildiğinde görülür ki, kanun vazı vesikanın sahteliği veya şahit veya bilirkişinin kasten veya taksir ile hakikat hilâfında beyanda bulunmasını veya bilirkişinin rey vermesini veya hâkimin suiistimalini herhalde ve leh veya aleyhe muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul ettiği halde, yeni vakıa veya deliller serdi suretiyle muhakemenin iadesini yalnız lehe iade sebebi olarak kabul etmektedir. Ancak, beraat etmiş bulunan bir şahsın daha sonra itimada şayan bir ikrarda bulunması sebebiyle, meydana gelen yeni delilin hukuk nizamındaki tesir ve ehemmiyetini nazara almış bulunan kanun koyucu, yalnız bu hali şekli ve maddî hakikat bakımından, maddî hakikat lehine kabul etmiş, muhakemenin aleyhe iadesi sebebi olabileceğini sarih hüküm sevk etmek suretiyle göstermiştir.

Kanunumuz tadadî ve sayma sistemini benimsemiş dolayısıyla, muhakemenin iadesi sebeplerini kıyas yolu ile tevsie imkân yoktur.

§ IV — MUHAKEMENİN İADESİNE MEVZU OLABİLECEK HÜKÜMLER :

Muhakemenin iadesinin tetkiki bakımından, tebligimiz ile doğrudan doğruya ilgisi olmayan, ceza adalet reformuna, kanımızca bir katkı mahiyeti arz etmeyen meseleler üzerinde durmak istemiyoruz.

CMUK. muzun 327 ve 330 uncu maddelerinde «kat'ileşen bir hüküm» le neticelenmiş olan davanın, muhakemenin iadesi yolu ile tekrar görülebileceğinin mümkün olduğu tesbit edilmiş ve bu ifade tarzı ile de muhakemenin iadesine mevzu olabilecek hükümlerin sınırı gösterilmiştir. Kesin hüküm, hükmün kesinleşmesi Ceza Muhakemeleri Usulü hukukumuzun genel prensiplerini ilgilendirmesi sebebiyle üzerinde durmayacağız. Aynı sebeple genel af, ceza kanunumuzun 485. maddesinde ifadesini bulan cezanın ıskatına müteallik hükümler, tedbir mesuliyetini gerektiren hallerde ceza mahkûmiyeti yoksa da kusurluluğun tesbiti sebebiyle muhakemenin iadesinin mümkün olup olmaması problemi üzerinde de durmayacağız. CMUK'muzun 392. maddesindeki objektif usulü de incelemeyeceğiz. Bütün bu meseleler «kesin hükme» verilecek manâ ve şumulü ile ilgili olup, mevzuat içinde değil, tatbikat ve doktrin tarafından halledilebilir ve halledilmiştir.

Bazı kesinleşmiş hükümler mutlak surette muhakemenin iadesine mevzu teşkil edemezler. Kanaatimizce, yabancı memleket mahkemelerince tesis olunan hükümler de iadeye mevzu olamazlar.

Bu kısımda üzerinde durulması gereken husus, Sulh Ceza Hâkimi'nin ceza kararnamesine karşı muhakemenin iadesinin mümkün olup olamayacağıdır. Mesele mehz doktrinde çok çetin münakaşalara sebep olmuş, neticede Alman CMUK. nun 373/a maddesi ile, «kesinleşmiş bulunan ceza kararnamesine karşı muhakemenin iadesini tanzim etmiş bulunan 359'dan 373 üncü maddeye kadar olan hükümler uygun şekilde tatbik olunur» hükmü ilâve edilerek mesele halledilmiştir. Biz bugünkü hukukumuz bakımından Sulh Ceza Hâkiminin «kesin hüküm tesirini haiz olan» ceza kararnamesine karşı muhakemenin iadesinin mümkün olmadığı kanısındayız. (Bak: Ayhan ÖNDER, Sulh Ceza Hâkiminin Ceza Kararnamesi, İstanbul 1966). Fakat tartışmalı olan bu halin kanun koyucu tarafın-

dan me haz kanunda yapılan tadilât gibi halledilmesi en uygun hal tarzı olduğu da fikrindeyiz.

§ V — MUHAKEMENİN İADESİNİN LEHE VE ALEYHE OLARAK KABULÜ TEFRİKİ :

Maddî hakikati aksettirmeyen hükümlerin bertaraf edilmesine müteveccih olan muhakemenin iadesinin her hukukta aynı şartlara bağılı olmadığını görüyoruz. Fransa, İtalya, İtalyan ve Fransız hukukunun tesiri altında kalan İsviçre kantonlarında muhakemenin iadesinin yalnız mahkûmun lehine mümkün olabilmesine karşılık, me haz Alman kanununda, Avusturya hukukunda ve hukukumuzda aleyhe de muhakemenin iadesi kabul edilmiştir. Aleyhe iade yalnız beraat eden şahıs hakkında değil, mahkûmun daha ağır bir ceza ile cezalandırılabilmesi için de benimsenmiştir.

Kanunların böyle değişik hükümler sevk ederek müesseseyi düzenlemiş olmaları, kanun koyucularının muhakeme hukukunda mevcut iki prensibe verdikleri önem ile izah edilebilir. Bilindiği gibi, bu prensiplerden birisi hukukun emniyetini garanti altında bulundurma mülâhazasına istinat eden kesin hüküm prensibidir. Bu prensibe mutlak riayet edildiği takdirde, kesin hükmün herhangi bir yol ile bertaraf edilebilmesi kabul edilmez. Hukukun emniyeti mülâhazası ile hatalı dahi olsa, verilen ve kesinleşen hükümlerin bertarafı mümkün değildir ve buna katlanmalıdır. Ancak; kesin hüküm prensibine bu kadar bağlanıldığı takdirde, mahkemelerce verilen hükümlerin yalnız hukukun emniyeti mülâhazası yanında adalete de tamamen uygun olması gerekecektir. Bir tarafta kesin hükmün dokunulmazlığı, diğer yanda kesin hükmün mutlaka adalete uygun olması aranınca, bazı hallerde bu iki prensibin çatışma halinde bulunabileceği de varit olmakta, meydana gelen bu çatışmanın kanun koyucu tarafından halledilmesi zarureti de kendisini göstermektedir. Bunun hal tarzı ve birbirleri ile olan münasebetlerinde sınırın çizilmesi muhakeme hukukunun zor bir problemidir. Kanun koyucu toplumun yararı mülâhazası ile ne dereceye kadar kesin hükmün dokunulmazlığını kuvvetlendirebilecek ve bunu yaparken kamu ve fertlerin menfaatlerini âdil bir şekilde ve zedelenmeden gerçekleştirebilecektir.

Bu çatışma, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunlarında çeşitli şekillerde halledilmiştir. Fransa, İtalya ve İsviçre'nin bazı kantonlarında kesin hükmün dokunulmazlığı ön plânda yer alır. Yalnız bazı hallerde ve mahkûmun lehine olarak bu prensipte gedik açılabilmektedir. Bir şahıs kusursuz olduğu halde hataen mahkûm edilmişse, muhakemenin iadesi kabul edilmekte, buna karşı kusurlu olduğu halde beraat eden veya az bir ceza ile mahkûm olan şahsa karşı, kesin hükmün ön plânda tutulması sebebiyle, muhakemenin iadesi talep olunamamakta, böylece kesin hüküm devletin cezalandırma hakkını bertaraf edebilmektedir. Bu telâkki tarzı muhakemenin iadesine belirli bir karakter vermekte, böylece ve yalnız kusursuz mahkûm olana yardım edilebilmektedir. Muhakemenin iadesi her hâdisede hatalı hükümlerin bir tashih yolu olmamaktadır.

Görülüyor ki bu sistemde muhakemenin iadesi sebebi mahkemeden sadır olan hükmün hatalı olması değil, suçsuz olan şahsın mahkûm edilmiş bulunmasıdır. Muhakemenin iadesinin tahdidi olarak kabul edilmesi maddi hakikatin suçsuz mahkûm olan şahıs bakımından araştırılması sebebine dayandırılmaktadır.

Buna karşı Avusturya, mehzaz hukuk ve bazı İsviçre kanton kanunları ve kanunumuz, suçsuz olması nedeni ile mahkûm edilmiş şahıs bakımından lehe muhakemenin iadesini kabul ettikten başka, beraat etmiş bulunan şahsa karşı bazı şartlarla muhakemenin iadesini kabul edilmektedir. Memleketimizin de dahil olduğu kanunlar sisteminde hâkim olan fikir yalnız suçsuz olan şahsın mahkûm edilmiş bulunması değil, fiili sebeplerle hatalı verilmiş olan hükmün prensip itibarıyla bertaraf edilmesidir. Aleyhe iadei muhakemeyi kabul etmeyen memleketlerde esas, hukukî hatanın bertaraf edilmesi olduğu halde, hukukumuzda prensip maddi hakikatin ön plânda tutulması gerektiridir.

Bu durumda hangi sistemi kabul edebiliriz? Kanaatimizi belirtmeden önce muhakemenin iadesinin aleyhe de mümkün olup olmadığı hususunda ileri sürülen fikirleri esasları içinde belirtip, yabancı mevzuatı da kısaca göstermek faydalı olacaktır.

ALEYHE MUHAKEMENİN İADESİ HUSUSUNDAKİ GÖRÜŞLER :

a) Aleyhe muhakemenin iadesi kabul edilmelidir.

Bazı müellifler muhakemenin aleyhe de iadesini kabul ederler. İleri sürdükleri fikirlerin başlıcaları şunlardır.

aa) Delil yokluğu sebebiyle beraati kabul eden bir kanun, daha sonra herhangi bir sebeple elde edilen yeni delillerle failin kusuru tamamen meydana çıkmış ise, bu halin aleyhe muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul edilmemesini arzu etmiş olamaz.

bb) Beraat eden bir kimse hakkında yeni vakıa veya deliller bulunması halinde mahkûmiyeti bahis konusu ise, bu halde ceza adaleti muhakemenin iadesinin aleyhe de kabulünü emreder (Bern Adliye Vekâletinin fikri).

cc) Bir kimse aleyhine mevcut şüphe sebebiyle yapılan muhakemesinde iddia makamı hakikatin tecellisi için elinden gelen bütün imkânları kullanmış ve fakat neticede failin beraat etmiş olması hali ile devamlı suç işleyen ve taraftarlarının yalan beyanda bulunmaları sebebiyle maznun beraat etmiş olması hâdisesini aynı şekilde değerlendirmeye imkân yoktur. Tahrip edilen hukuk nizamının şerefi, bir kimse daha sonra suçunu ikrar edince cezasız kalması ile korunur.

b) Aleyhe muhakemenin iadesi kabul edilmemelidir.

aa) Esaslı bir şekilde yapılan tahkikat ve muhakeme normal bir kimse üzerinde ceza kadar tesir icra eder.

bb) Âmme efkârı, işlenmiş bulunan bir suçun aydınlığa kavuşması için adli mercilerce elden gelen bütün gayretlerin gösterilmiş olduğunu görünce tatmin olur.

cc) Savcılık makamına temin olunan imkânlar ceza davasının bütün delillerini temin ettirebilecek mahiyettedir. Hal böyle olunca, delil yokluğundan beraat eden kimsenin aleyhine muhakemenin iadesi kabul olunmamalıdır; zira, delillerin toplanması safhası olan hazırlık tahkikatı Savcının hâkimiyeti altındadır. Bu makamın vazifesinde gösterdiği ihmal beraat eden maznunun aleyhinde tesir icra etmemelidir.

dd) Mahkeme, maznunun lehine olarak hata yapmışsa, meydana gelen kesin hükme karşı hiçbir zaman ve hiçbir şekilde taarruz edilmemelidir.

ee) Muhakemenin iadesinin lehe kabulündeki âmme menfaati, aleyhe muhakemenin iadesinde aynı derecede yoktur.

ff) Beraat hükmü, hürriyeti temin etmiş olması sebebiyle fail için mutlak bir garanti arzetsmelidir.

gg) Aleyhe muhakemenin iadesi beraat eden şahsın başında daima Demokles'in kılıcı gibi durur, ve umumî efkârda, bir defa herhangi bir suç dolayısıyla itham edilen şahsın ileride aleyhine muhakemenin tekrar yürütüleceği kanaatini yaratır.

hh) Yargı otoritesinin ferde tanıdığı teminata aykırı olması sebebiyle aleyhe muhakemenin iadesi kabul edilmemelidir. Aksi halde kanunun kesin hüküm kuvveti tanıdığı hükümler bu şekilde daima değiştirilebilir mahiyet arzedeceklerdir.

ii) Ceza davasında fiil ile hüküm arasında geçen zaman ne kadar uzarsa, tesis olunan hüküm de o kadar hatalı ve o kadar güvenilmez olur. Fiile ait emareler kaybolur, vesikalar elde edilmez, şahitler vak'ayı hatırlıyamazlar. İşte bütün bu sebepler dolayısıyla aleyhe muhakemenin iadesi kabul edilmemelidir ve aleyhe muhakemenin iadesi bu şartlar içinde daha büyük bir adli hatayı meydana getirir.

jj) Aleyhe muhakemenin iadesi müessesesinin kabulü siyasi suçlarda nahoş tatbikata vesile olacaktır. Meselâ, Cromwell Stuart tarafından mezardan çıkarılmış ve aleyhe yapılan muhakemenin iadesi neticesi idam sehpasında asılmıştır.

c) Yabancı mevzuatta durum :

Muhakemenin iadesinin iki sistem içinde inkişaf ettiğine temas etmiş, bunlardan birinin Fransız, diğerinin Cermen hukukunun tesiri altında kaldığını belirtmiştik. Bu iki hukuk zümresinin muhakemenin iadesi bakımından gösterdiği fark, bilhassa müessesenin lehte veya hem lehte ve hem de aleyhte tatbik edilmesi halinde görülür. Fransız sistemi, 29/6/1867 ve 8/6/1895 tarihli kanunlarla, muhakemenin iadesini yalnız lehte kabul etmiş, bunun tesiri altında kalan Belçika 1894, Portekiz 1896, Hollanda 1899, İspanya 1899, İtalyan 1865, Japon ve Romanya 1864 kanunları, ne bis in idem kaidesinin tatbiki cümlesinden olarak aleyhe muhakemenin iadesi müessesesini benimsememişlerdir. Bugünkü Fransız ve İtalyan hukuku da eski sistemi terketmemiş, muhakemenin iadesini yalnız lehte kabul etmişlerdir. Ancak, beyan edelim ki 1930 İtalyan Ceza Muha-

kemeleri Usulü Kanunu tasarısı hakkında Adliye Vekili, Krala sunduğu raporda, delil yokluğu sebebiyle verilen beraat hükümlerine karşı, bilhassa ikrarın, muhakemenin aleyhe iadesi sebebi olmasını belirtmişti. 10/10/1963 tarihli olan İtalyan tasarısında aleyhe muhakemenin iadesinin kabulü istenmektedir.

Almanya 1877, Avusturya, Macaristan 1896, Norveç 1887 gibi bazı Devlet mevzuatı muhakemenin iadesini aleyhe de kabul etmiş, bazı noktalarda farklı bir sistem benimsenmiş isede, esas olarak kabul edilen husus şudur ki, aleyhe muhakemenin iadesi lehe nisbetle daha sıkı şartlara tâbi tutulmuştur.

1897 tarihli Bulgar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu aleyhe muhakemenin iadesi müessesesini kabul etmemiş iken, (Md. 594-599), 1951 tarihli kanun aleyhe muhakemenin iadesini, lehteki şartlar içinde kabul etmiş, fakat mahkûmun sağ olmasını ve müruru zaman müddetinin geçmemiş olmasını aramıştır (Md. 214).

d) Kanaatimiz.

Muhakemenin iadesi, daha Roma hukukunda kabul edilmiş bulunan, kesin hüküm müessesesine yani Res Judicata'ya aykırı olduğu düşünülebilir. Failin bir filinden dolayı bir defa muhakeme edileceği ve kesinleşen bir hükümle yalnız bir defa mahkûm edileceği kaidesi bugün her muhakeme usulünde kabul edilmiştir. Ceza Muhakemesi hukukunda bu kaide-nin ifade ettiği manâ, dâvanın maddî temelleri aynı kaldığı takdirde, kesin hüküm müessesesine dokunulamamasıdır. Yani, dâvanın maddî tesbitleri maddî hakikati aksettirmekte ise kesin hüküm mutlaktır. Herhangi bir kesin hüküm hakkında, bunun maddî hakikate tamamen uygun olduğu hiçbir zaman katıyetle iddia edilemez. Tesis edilen hükümler de insanların meydana getirdikleri şeylerdir ve hatalı olmaya da mahkûmdurlar. Verilen hükümlerin kasten hatalı oldukları düşünülme-dahi, hakikatin tesbiti için yapılan bütün gayretlere rağmen hükümler hatasızdır denilemez ve hata-dan da kurtulamaz. İşte bu sebeple Fransız, İtalyan, İsviçre, Avusturya kanun koyucuları ceza muhakemeleri usulü kanunlarına olağanüstü bir hukuk çare yolu kabul etmişler ve bununla, kesin hükümün, maddî hata ve eksikleri ihtiva etmesi halinde değiştirilebileceğini kabul etmişlerdir. Bu olağanüstü hukukî çare, muhakemenin iadesidir.

Bu çare her ceza muhakemeleri usulü kanununda aynı şekil ve şumulde kabul edilmemiş, Fransız, İtalyan ve İtalyan hukukunun tesiri altında kalmış bulunan İsviçre kantonlarında, yalnız lehe olarak kesin hükümden fedakârlık yapılabileceği kabul edilmiş, me haz Alman kanununda, hukukumuzda Avusturya ve bazı İsviçre kantonlarında beraat eden şahıs hakkında veya mahkûm olmakla beraber daha ağır bir cezanın verilmesini gaye edinen aleyhe muhakemenin iadesi de kabul edilmiştir.

Kanun koyucuları muhakemenin iadesinde böyle çeşitli şekiller tesbitine götüren sebepler iki tanedir ve bu prensipler muhakemenin iadesinde çatışma halindedir. Evvelâ, hukukun emniyeti için, kesin hüküm müessesesi kabul edilmeli ve bundan fedakârlık yapılmamalıdır. Bu prensibin mutlak tatbiki, her halde kesin hükümden fedakârlık yapılamıyacağı neticesine götürür. Hataen verilen, yanlışlıkla kesin hüküm kuvvetini almış bulunan hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılamıyacağına göre, maddî hakikat kesin hükme feda edilir. Hatta, hukukun emniyeti yanında, kesinleşmiş bulunan bir hükmün hata ihtiva etmeyeceği, hataların kesin hüküm ile bertaraf edilmiş olabileceği dahi iddia edilebilir. Görüleceği üzere, burada iki prensip karşılaşmakta, bir tarafta kesin hüküm müessesesi, diğer tarafta maddî hakikat ve bunun tahakkuk etmesi için ne zaman ve ne ölçüde kesin hüküm müessesesinden fedakârlık yapılması mümkün olabileceğidir. Başka bir ifade ile kanun koyucu ne ölçüde ammenin kesin hükme olan itimadı yanında yine ammenin ve hususi şahısların maddî hakikatin tesbitindeki menfaatlerini bu iki prensibi zedelemekten telif edebileceğidir.

İşte bu prensipler arasındaki ihtilâf çeşitli hukuk zümrelerinde yine çeşitli şekillerde çözümlenmektedir. Fransız hukukunun tesiri altında kalmış bulunan memleketlerde, kesin hükme verilen değer hâkim durumdadır. Kesin hüküm müessesesinden yapılabilecek olan fedakârlık çok dar ölçüde ve çok sıkı şartların tahakkuku ile mümkündür. Yani, şahıs hataen mahkûm olmuş ise ancak bu halde onun beraat veya daha az bir ceza ile tecziyesi için kesin hükümden fedakârlık yapılabilir, bunun dışında herhangi bir sebep, bu fedakârlığa değer mahiyet arzetmez. Mahkûmun kusursuzluğu bahis konusu ise muhakemenin iadesi mümkündür, fakat bu müessese her hatalı hükmün tashihi için kabul edilmiş değildir. Görülüyor ki bu şekil bir düşünüş, hükümlerin hatalı olup olmadığının

dan ziyade, failin kusursuz olarak mahkûm edilmiş olması halinden hareket etmek suretiyle, muhakemenin iadesi müessesesini kabul etmektedir.

Diğer sistemi kabul etmiş bulunan Alman, Avusturya ve bazı İsviçre kantonlarında ve hukukumuzda, hareket noktası mahkûm olmuş bulunan failin kusursuzluğunun tesbiti halinde daha az bir ceza ile tecziyesi veya beraati yanında, yine kanun tarafından tesbit edilmiş bulunan şartların tahakkuku halinde beraat eden veya mahkûm olan failin mahkûmiyetini veya daha ağır bir ceza ile tecziyesini de imkân dahilinde sokmaktadır. Görülüyor ki bu sistemi kabul etmiş bulunan kanunlarda, mahkûm olan suçsuzun beraati değil, birinci derecede, hatalı hükümlerin düzeltilmesi prensip olarak benimsenmektedir. Başka bir ifade ile bu sistemde mevcut adli hataların düzeltilmesi muhakemenin iadesi ile tahakkuk ettirilmeye çalışılmaktadır. Gerçekten bu sistemde maddi hakikatin tesbiti kesin hüküm müessesesine nisbetle ön plâdadır.

Şimdi muhakemenin iadesinin yalnız mahkûmun lehine olması gerektiğini müdafaa eden müelliflerin yukarıda temas etmiş bulunduğumuz fikirlerinin hakikat derecesinin tetkikine gelelim. Bir müellif muhakemenin iadesinin kesin hükmü zedelediğini, bir de aleyhe muhakemenin iadesi kabul edilirse, kesin hüküm müessesesinden bahse imkân olamayacağını belirtmişti. Bu fikir tatmin edici olamaz. Haklı olarak tenkit edildiği gibi, kesin hüküm ya kabul edilmelidir veya tamamen reddedilmelidir. Kesin hükmü lehe muhakemenin iadesinde kabul etmeme temayülünde olup, aleyhe muhakemin iadesi bahis konusu olunca buna karşı kesin hüküm müessesesini ortaya sürmek bir tenakuzdur. Kesin hüküm ya vardır veya yoktur. Lehe muhakemenin iadesinde fedakârlık yapılabilir aleyhe olursa fedakârlık olamaz, denilemez. Bu sebeple hukukumuzda, İtalyan müelliflerinin tesiri altında kalınmak suretiyle, muhakemenin iadesini yalnız lehe kabul edip aleyhe muhakemenin iadesini kabul etmeyen müelliflerin fikirlerinin yerinde olmadığını zannediyoruz. Hatalı hükmün tehlikesi hem mahkûmiyet hem de beraat hükmünde vardır ve hukukun tesis etmesi gereken emniyet bakımından her ikisinin de derecesi aynıdır. Görülüyor ki, kesin hükümden yapılmak istenilen fedakârlıkta hareket noktası maddi hakikatin aranması, bulunması ve tesisidir. Adli mekanizmaya mevcut hatalı hükmü tashih edebilmek imkânı verilmelidir ve hu-

kukun ferde tanıdığı emniyet ile maddî hakikatin karşılaştıkları yerde maddî hakikat tercih edilmelidir. Şekli hakikat, maddî hakikate ve hakikate uygun olarak tesis edilebilecek bir hükme tercih edilmemelidir. Hatalı bir hüküm kesin hüküm örtüsüne büründürülmek suretiyle hakikatmiş gibi gösterilememelidir ve işte kesin hükümden yapılması gereken fedakârlığın esası da buradadır. Muhakemenin iadesinin beraat eden kimse aleyhine kabul edilmemesinin izahı da tatmin edici değildir. Kesin hüküm hem mahkûmiyet hem de beraatler için aynı derecede geçerli olmalıdır. Eger kesin hüküm müessesesinde bir gedik açacak ve bu prensipten fedakârlık yapacaksak, bunun tek sebebi maddî hakikatin aranması ve bulunmasıdır.

Hemen şunu bilhassa belirtmek lâzımdır ki, kesin hüküm müessesesi hukuk nizamının sağladığı garanti bakımından kendisinden vazgeçilmemesi veya çok ağır bazı şartlarla fedakârlık yapılması gereken bir müesese olabilir. Ancak, kesin hüküm mefhumu maddî hakikatin bulunmasına da mani olmamalıdır. Kesin hüküm yalnız hukukun emniyeti bakımından kabul edilmiş değildir, bunun yanında mahkemelerin tesis etmiş bulundukları hükümlere saygı ve hürmeti de garanti altına alması için kabul edilmiştir. Bir müessesenin lüzumluluğu, ahlâki olması ile birlikte bulunmalıdır. Bir hüküm hatalı ise kendisine karşı saygı duyulmasını temin edemez ve böyle bir hükmün mevcudiyetini ve devamını, kesin hüküm müessesesi haklı gösteremez. Aksi halde kesin hüküm adli hataları örtten, onu koruyan bir örtü vazifesi görmüş olur ve hakikat ışıklarının girmesine mani olan bir duvar gibi, hürmet değil korku yaratır. Hatalı bir beraat hükmü, hatalı mahkûmiyet gibi muhakemenin iadesi çaresiyle bertaraf edilebilmeli ve kesin hüküm müessesesi buna mani olmamalıdır. Bu sebeple ceza muhakemeleri usulü hukukunda kesin hüküm, ancak dâvanın fiili temellerinin doğruluğu üzerine bina edilmiş bulunan bir hüküm bakımından bahis konusu olabilmelidir. Kesin hükmün meydana getirdiği hukukun emniyeti, bahis konusu dâvanın fiili temelleri daha sonra meydana gelen yeni vakıa veya deliller ile sarsılıp, hükmün tekrar tetkiki bahis konusu yapılamadığı müddetçe, dokunulmaması ve yalnız bu halde kesin hükmün hukukun emniyetini temin eden bir müesese olarak kabulüne müsaade edilmelidir. Kesin hükmün bu teminatının sınırı ise maddî hakikatin tâyini ve adaletin tecellisi olmalı ve bu

müesseseler bahis konusu edildiğinde kesin hükmün mevcudiyeti bahis konusu müesseselerin hakikat ışığına çıkmasına mani olmamalıdır.

Yukarıda temas ettiğimiz gibi, bazı müellifler beraatten sonra muhakemenin aleyhe iadesinde, beraat hükmünde yapılan adli hatanın, mahkûmiyet hükmündeki adli hataya nisbetle daha hafif olduğu kanaatindedirler. Amme vicdanında, beraatteki adli hataya nisbetle, kusursuz bir kimsenin mahkûmiyetinde daha fazla heyecan meydana geleceği iddia edilir. Bu iddiada hakikat payının mevcudiyetini itiraf etmek gerekir. Elbetteki, kusurlu olanın beraatindeki hataya nisbetle, kusursuz bir kimsenin mahkûmiyetini gerektiren hata amme efkârı üzerinde aynı tesiri yapmayacak, mahkemenin verdiği hüküm ile amme efkârı bu iki halde aynı şekilde ilgilenecektir. Kusursuz olan şahsın adli hata sebebiyle mahkûmiyeti amme efkârını daha fazla ilgilendirecektir.

Ancak, delil kifayetsizliğinden beraat eden şahıs daha sonra mahkûmiyetini gerektirecek delil ve vakıaların mevcudiyetine rağmen mahkûmiyeti cihetine gidilemezse, veya suçu işlediğini itimada şayan bir şekilde ikrar eder veya beraati, dava ile ilgili olsa şahıslar üzerinde suç teşkil edecek tesirler icra ettiğini beyan ettiği halde, aleyhe muhakemenin iadesi çaresine gidilemezse, mevcut kesin hükmün amme efkârını, kusursuzun mahkûmiyetinden daha az rahatsız ettiğini iddia etmek bir hayaldir ve adalet hissi bu halin muhakemenin iadesi sebebi olmasını arzu eder.

Yine yukarıda belirttiğimiz üzere, aleyhe muhakemenin iadesine taraftar olmayanlar, beraat hükmünün maznuna hürriyeti bahsettiğini ve beraat eden kimseye karşı ceza muhakemesinin tekrar yürütülememesini ileri sürerler. Bu sebeple de tatmin edici değildir. Şurası muhakkak ki hukuk devleti telâkkisinde Anayasalar fertlerin hürriyetlerine dokunulamıyacağını tesbit etmişler ve hürriyetin hangi hallerde bertaraf edilebileceğinin kanun ile olabileceğini kabul etmişlerdir. Bu kanunlarının başında da ceza ve ceza muhakemeleri usulü kanunlarının geldiğini belirtmeye de lüzum yoktur. Bu sözlerimiz ile mevcut bir tenakuzu da belirtmiş olmaktadır. Bir taraftan devletin bazı hallerde fert hürriyetini tahdit edebileceği kabul edilmekte, diğer taraftan delil kifayetsizliği sebebiyle beraat etmiş bulunan bir maznun hakkında daha sonra elde

edilen delil ve vakıalarla muhakemenin iadesi çaresine gidilerek mahkûmiyetinin bahis konusu yapılamıyacağı istenilmektedir. Görüldüğü üzere bu bir tenakuzdur. Bu fikrimize şu itiraz yapılabilir. Bir defa beraat eden maznun, hakkında artık bir daha ceza takibatına tevessül edilemeyeceğini bilmeli ve bundan emin olmalıdır. Aksi itirazın da tatmin derecesi zayıftır. Evvelâ belirtelim ki, ika ettiği fiil sebebiyle hakkında muhakeme yapılmış ve neticede beraat etmiş bulunan şahsın daimi olarak bir korku içinde bulunduğu iddia edilemez. O şahıs fiildeki suçsuzluğunu ve kusursuzluğunu bildiği için, verilmiş bulunan beraat hükmünün adaletin bir tecellisi olduğuna inanmakta ve bu sebeple de, hakkında muhakemenin iadesi çaresi ile davanın yeniden görülebileceğini düşünmemekte, herhangi bir korku hissi içinde yaşamamaktadır. Aksi halin bahis konusu olduğu davada, yani suçlu olduğu halde herhangi bir sebeple beraat etmiş bulunan şahıs günün birinde hakikatin meydana çıkacağı ve muhakemenin aleyhine olarak yenileneceği korkusu ve endişesi içinde yaşadığını iddia ve bunu kabul etmek mümkündür. Ancak, adalet mekanizmasını aldatmış ve adlî hatayı aksettiren bir hüküm istihsal etmiş bulunan bir failin hakikatin meydana çıkacağı korkusu içinde yaşadığı eshabı mucibesi ile ona acımanın mâ-nâsını izah etmek mümkün değildir ve bu şahsa acımamak gerekir. Ceza muhakemesi hukukunun hümanist esaslar üzerinde inkişaf ederek insan hürriyet ve şahsiyetine gereken ehemmiyetin verilmesi, adalet ve maddî hakikatin tsbiti prensiplerinden, bunları yok edecek şekilde fedakârlık yapılmak suretiyle, korunması sonucunu vermemelidir.

Muhakemenin iadesinin beraat eden maznun aleyhine olarak mümkün olmamasının diğer bir sebebi olarakta, kesin hükümden sonra maznunun lehinde olan müdafaa delillerinin zaman içindeki değerinin değişebileceği ve hatta kaybolabileceği gösterilmektedir. Bu sebep de tatmin edici değildir. Mahkemenin verdiği bir hükümden sonra, elde edilen delil ve vakıalar aradan uzunca bir müddet geçtikten sonra güçlkle elde edilebilecek hatta bazılarının dahi kolaylıkla kaybolması mümkün olabilecektir. Bu hal gerek lehe gerekse aleyhe muhakemenin iadesinde aynı derecede mümkündür. Şayet ileri sürülen bu iddia kabul edilirse, ceza hukukundan mürru zaman müessesesini çıkartmak gerekecektir.

Tetkik ettiğimiz bu husus hakkında, ileri sürülen fikirleri ce-

vaplandırdıktan sonra, netice olarak şunu belirtmek isteriz ki, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda muhakemenin aleyhe iadesinin de kabul edilmiş bulunması yerindedir. Mademki, muhakemenin iadesi adli hatanın bertaraf edilmesi için kabul edilmiştir, öyle ise bu tashih maznunun lehine olabileceği gibi, beraat edenin aleyhine de olabilmelidir. Kabul ettiğimiz bu şeklin tabii neticesi olarak aleyhe muhakemenin iadesini yalnız beraat eden maznunun itimada şayan ikrarına inhisar ettirmemekte, fakat aleyhe muhakemenin iadesinin kabulünü temin edebilecek olan yeni vakıa ve deliller sebebiyle de muhakemenin aleyhe iadesinin hukukumuzda kabul edilmesini teklif etmekteyiz (Bu hususta iade sebebi olarak kabul edilmiş bulunan ikrar kısmındaki kanaatimize de bakınız).

§ VI — MUHAKEMENİN İADESİNİN ŞARTLARI :

I — Şekli şartlar :

A) Muhakemenin iadesi talebinde bulunabilmek için aranan müddet :

aa) Mukayeseli Hukuktaki Durum :

Fransa: Fransız hukukunda muhakemenin iadesi talebi muayyen bir mehle bağlı değildir. Cezanın infaz edilmiş olması veya mahkûmun ölmüş bulunması talebe mani olmaz. *İtalya:* Bu hukukta da muhakemenin iadesi talebi muayyen bir mehle bağlı olmadan her zaman yapılabilmektedir. Mahkûm cezasını çekmiş veya af ile mahkûmiyet ortadan kalmış veya mahkûm ölmüş olsa dahi, muhakemenin iadesi talebi mümkündür. *İsviçre:* İsviçre Federal Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 229 uncu maddesi ve ekseri Kanton kanunları muhakemenin iadesinin muayyen bir mehle tâbi olmadığını kabul etmiştir. Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, Tessin ve Zürich kanunları bu hususu sarıh hüküm sevk etmek suretiyle tesbit etmişlerdir. Yalnız Zug kantonu bir istisnadır. Bu kantonun CMUK nun 77 nci maddesine göre muhakemenin iadesine sebep olabilecek halin öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde veya değiştirilmesi arzu edilen hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 sene içinde talep yapılmalıdır.

Ekseri kanton kanunları lehe muhakemenin iadesinde mahkûmun ölümünün bir rol oynamıyacağını tesbit etmişlerdir.

Aleyhe muhakemenin iadesinde ise gerek Federal Kanunun 229 uncu maddesinde gerek ekseri kanton kanunları muhakemenin iadesini muayyen bir mehle tâbi tutmuş olup, bu mehil, beraat edenin veya mahkûm olanın hayatta bulunması ve takibata mevzu olan fiilin de müruru zamana uğramamış olması lâzımdır. *Avusturya*: Bu hukukta da mahkûmun lehine olarak cezanın kısmen veya tamamen infaz edilmiş olması veya mahkûmun ölmüş bulunması muhakemenin iadesi talebine mani değildir (Md. 353, 354). Aleyhe muhakemenin iadesi ise mahkûmun hayatta bulunmasından başka, fiilin de müruru zamana uğramamış olması halinde mümkündür (Md. 355, 356).

bb) Hukukumuzdaki durum ve temennimiz :

Muhakemenin iadesi lehe olduğu takdirde kara Avrupası ülkelerinde ve memleketimizde herhangi bir müddet tesbit edilmemiştir. Mahkûmiyetten seneler sonra muhakemenin iadesi yolu ile mahkûm iadei itibar edebilmelidir ve müessesede hâkim olan fikir bunu gerektirir. Hattâ mahkûmun ölümü dahi iadei muhakemeye mani olmamalıdır. Mahkûm öldükten sonra akrabaları bu mahkûmiyet sebebiyle mutazarrır olabilirler ve bunun ızdırabını çekebilirler. Bu itibarla lehe muhakemenin iadesi hakkında herhangi bir müddet vazetmemiş olan kanunumuzun sistemi yerindedir.

Aleyhe muhakemenin iadesinde ise mukayeseli hukukta şahsın hayatta bulunması ve fiil sebebiyle müruru zaman müddetinin geçmemiş olmasını ararlar ki, yerindedir. (Ayhan Onder, Muhakemenin İadesi ve Müruru Zaman IHFM. XXXII, Sayı 1).

Esasen yüksek mahkememiz vermiş olduğu kararlarında tetkik konusu meseleyi mukayeseli hukukta olduğu gibi halletmiştir. Bir genel hukuk prensibi ve tatbikat işi olan meselenin, kanun koyucu tarafından sarahatle tesbit edilmesine bir zaruret olmadığı kanaatindeyiz. Ancak, sarîh bir hüküm sevkedilmek istenirse, İsviçre veya Avusturya sistemine benzer bir hal tarzının kanunumuza ithali ile meselenin halledilebilmesi mümkündür.

B) Muhakemenin iadesi talebinde bulunmaya yetkili şahıslar:

aa) Mukayeseli Hukuktaki Durum :

Muhakemenin iadesi talebinde bulunabilecek kimseler, mukayeseli hukukta da aşağı yukarı hukukumuz gibidir. Fransız, İtalyan, İsviçre ve Avusturya hukukunda mahkûm ve ölümünden sonra akrabaları lehe muhakemenin iadesini talep edebilirler. Aleyhe muhakemenin iadesi selâhiyeti, aleyhe iade şeklini kabul etmiş olan memleketlerde, bu selâhiyet savcınındır.

Bu kısım içinde, hukukumuzla nisbetle farklı hükümler kabul etmiş bulunan memleketlerdeki şekli belirtmek istiyoruz. İtalyan hukukuna göre (Md. 556) mahkûmun lehine olarak ve sağlığında akrabaları dahi iade talebinde bulunabilirler. Bu hükme benzer bir kaide diğer devletler hukukunda görülmez. Hernekadar akrabalara da talep hakkı tanınmakta ise de, bu hak ancak mahkûmun ölü olması haline inhisar eder. İtalyan hukukunun tatbikatta fazla işlemeyeceği muhakkaktır. Gerçekten, muhakemenin iadesi sebebinin mevcudiyeti halinde mahkûm bu yola derhal gidecektir. Fakat öyle hal olabilir ki, mahkûm muhakemenin iadesini talep etmek istemez veya iadenin kendisine herhangi bir menfaat sağlamıyacağı kanaatinde olabilir. Eğer, mahkûmiyet hükmü mahkûmun akrabaları bakımından da menfi bir durum yaratmış ise, bizzat mahkûmun bu yola gitmemesi halinde akrabalarının zarar göreceği muhakkaktır. Bu hali önlemek için İtalyan hukukunda talep hakkı, mahkûmun sağlığında dahi, akrabalarına tanınmıştır. Fransız hukukunda da muhakemenin iadesini talep hakkı mahkûma, kanunî mümessiline ve Adliye Vekiline tanınmıştır. Ancak, muhakemenin iadesi yeni vakıa veya delil sebebiyle yapılmakta ise kaldenin istisnası vardır. Buna göre, yeni delil veya vakıa sebebiyle muhakemenin iadesini talep hakkı yalnız Adliye Vekiline aittir. Vekilin talep hakkı da sınırsız değildir. Talepten önce Vekil mesele hakkında bu iş ile vazifelendirilmiş bulunan bir komisyonun mütalâasını almak mecburiyetindedir. Komisyonun her sene değişen 3 üyesi Cour de Cassation üyesidir. Diğer üç üyesi ise Adliye Vekâleti müdürleridir. Bu komisyonun verdiği rapor Adliye Vekilini bağlamaz; fakat, Adliye Vekili bu komisyonun mütalâasını almak mecburiyetindedir. Yeni delil ve vakıa sebebiyle muhakemenin iadesini talep etmek

isteyen Adliye Vekili talebini Başsavcıya bildirir. Savcı bu talep üzerinde herhangi bir değişiklik yapamaz ve olduğu gibi Cour de Cassation'un ceza dairesine verir. Fransız hukukunun bu şekil bir çözüm tarzını kabul etmiş olması, yeni delil ve vakıalar sebebiyle yapılabilecek olan muhakemenin iadesinin fazla ve sebepsiz olarak talep edilmesine mani olmaktadır. Beyan edelim ki, Fransız sistemi kuvvetler ayrılığı prensibini zedelediği esbabı mucibesi ile tenkit olunmakta, bazı müellifler, müessesenin güzelliğini nakise getiren bir husus olarak bu tatbikatı tenkit etmektedirler.

bb) Hukukumuzdaki durum :

Kanunumuzda, mahkûmun ölümü halinde muhakemenin iadesi talebine selâhiyetli olan şahısları gösteren 329. maddenin 2. fıkrasından başka, bu fasıl içinde mahkûmun sağlığında talebe kimlerin yetkili olduğunu tesbit eyleyen bir hüküm yoktur. Ancak, temyize müracaat hakkı olanların muhakemenin iadesi talebinde de bulunmaya selâhiyetli olduğu, kanunun 333 üncü maddesi sarahati karşısında kabul edilmelidir.

Muhakemenin iadesi talebine hakkı olanlar, bu talebin lehe, aleyhe veya ölmüş mahkûmun lehine yapılması halinde değişmektedir. Biz selâhiyetli kimseleri yaptığımız bu tasnife göre kısaca belirtceğiz.

a) Mahkûmun lehine muhakemenin iadesi talebinde bulunabilecekler :

- aa) Bizzat mahkûmun kendisi talebe selâhiyetlidir (Md. 289/1)
- bb) Savcının mahkûmun lehine muhakemenin iadesi talebinde bulunabileceği CMUK. nun 333. maddesi delâletiyle 289. maddenin 2. cümlesinde tasrih edilmiştir.
- cc) Mahkûmun arzusu hilâfına olmamak şartı ile müdafii de talebe selâhiyetlidir (Md. 333, 280).
- dd) Mahkûm kadın ise kocası da talebe selâhiyetlidir (Md. 333, 291).
- ee) Mahkûmun kanunî mümessili de bu selâhiyeti haizdir (Md. 333, 291).

ff) Müsadere muhakemesi kesin hüküm ile neticelenmiş ise savcı ve CMUK. nun 393. maddesinde tasrih edilen şahıslar da talebe selâhiyetlidir.

gg) Gaipier hakkında talep selâhiyeti genişletilmiştir. 333. maddenin 273 ve 275. madde ile olan münasebeti sebebiyle gaip olan mahkûm lehine kanunî hısımlarından birisi de muhakemenin iadesini talebe hakkı olacaktır. Alman tatbikatı üvey babayı, akraba olarak kabul ettiği gibi, en uzak derecedeki akraba dahi bu mefhuma ithal edilmiştir.

b) Mahkûmun aleyhine muhakemenin iadesi talebinde bulunabilecekler :

aa) Savcı lehe olduğu gibi, aleyhe de iade talebinde bulunabilir (Md. 289).

bb) 360. Maddeye göre şahsî dâvacı da aleyhe muhakemenin iadesini talep edebilir.

cc) Müdahil dâvacının aleyhe muhakemenin iadesini talebe yetkili olduğuna dair sarıh bir hüküm yoksa da, 371. madde-deki hükümden aleyhe iade talebinde bulunabileceği neticesini çıkarabiliriz. Bu neticeyi 367. madde hükmü de kuvvetlendirmektedir. Yargıtayımız da (1. CD. 7/10/1948, 160/1798) aynı kanaattedir. Belirtelim ki, mehzaz kanunun tadil tasarılarında müdahil dâvacının iade talebine hakkı olduğu sarahatle tesbit edilmişti.

c) Ölü mahkûm lehine muhakemenin iadesi talebinde bulunabilecekler :

Mahkûmun ölmesi halinde muhakemenin iadesi, sağılara nisbetle iki bakımdan farklılık arzeder. Evvelâ talep yalnız lehe yapılabilir; saniyen talebe selâhiyetli olan şahıslar ölenin karısı veya kocası, usulü, fûruu, erkek veya kız kardeşleridir. Bu hususta mukayeseli hukuk da hukukumuz gibidir Fransız hukukunda, ölü mahkûmun karısı veya kocası, çocukları, usulü, mirasçıları ve mahkûmun selâhiyet verdiği şahıstır. İtalyan hukukunda mirasçılar veya yakın akrabalar, İsviçre gerek Federal gerek Kanton hukukunda ölü mahkûmun kan ve sıhri hısımları, kardeşleri, karı veya kocası, Avusturya hukukunda karı veya koca, usul veya fûru, vasi, savcı

ve mirasçılardır. Görülüyor ki ölüm halinde iade talebine selâhiyet bakımından talepte bulunabilecekler, normal iadede selâhiyetli olanlara nisbetle bir bakıma genişletilmekte, bir bakıma daraltılmaktadır. Ölenin karısı veya kocası, usulü veya fûru, erkek veya kız kardeşleri muhakemenin iadesini talep edebilecek duruma sokularak tevsi cihetine giden kanun, savcı ve müdafii zikretmemek suretiyle tahdidi bir durum da yaratmaktadır. Müvekkilin ölümü ile vekillik münasebeti sona ereceğinden bu husus üzerinde fazla durmaya lüzum yoksa da savcı için aynı şey söylenemez. Mehz doktrin 289 uncu maddeye göre adli kararlar aleyhine gerek savcı gerek maznunun kanun yoluna gidebileceklerini, savcının maznunun lehine de kanun yoluna gidebileceğini göstermektedir. 333. Madde kanun yollarına müracaat hakkındaki umumî hükümlerin muhakemenin iadesinde de cari olduğunu belirtmektedir. 329. maddenin 2. fıkrası iade talebine selâhiyetli olanları genişlettiğine göre, savcının da iade talebine selâhiyetini kabul etmek gerekir. Belirtelim ki Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (RG. 10/423) verdiği bir karar ile, ölü mahkûmun lehine savcının muhakemenin iadesini talep edebileceğini kabul etmiştir. Buraya kadar belirttiklerimiz 329 ve 339. maddeler mahkûmun ölümünden sonraya aittir. Eğer mahkûm ölmeden önce iade kendisi tarafından talep edilmiş olsa ve talep henüz reddedilmeden mahkûm ölmüş bulunsa, muhakemenin iadesi usulü 329. maddenin 2. fıkrasında tasrih olunmuş bulunan şahıslar tarafından nasıl devam ettirileceği meselesi kanunda gösterilmemiştir. Ancak, bunun muhakemenin iadesi müessesesi gayesi içinde halledilmesinin mümkün olduğuna temas etmekle yetinecek, bu hususta ileri sürülen zengin literatür ve fikirleri nakletmeyeceğiz.

c) Kanaatimiz :

Yukarıda mukayeseli hukuku ve kanunumuzun sistem ve tatbikatını naklettik. Vardığımız netice şudur: Prensip itibariyle muhakemenin iadesi talebi hakkında selâhiyetli olan şahıslar müessesenin gaye ve mahiyeti bakımından kanunumuzda tatmin edici bir şekilde tesbit edilmiştir. Fransız hukukundaki şekil kabul edilemez. Adalet Bakanına yeni vakıa veya deliller sebebiyle iade talep yetkisi, orada şimdiye kadar suiistimal edilmemiş olsa dahi, hukukumuz bakımından tavsiye edilemez. Ancak lehe iade talebinin ko-

laylaştırılması arzu edilmekte ise, İtalyan hukuk sistemi şekli benimsenebilir. Gerçekten bu hukuk, mahkûmun akrabaları mahkûm hayatta olduğu zamanda da lehe muhakemenin iadesini talep edebilmektedirler. Diğer hukuk zümrelerinde, mehzada ve hukukumuzda akrabaların iade talep yetkisi mahkûmun ölümünden sonra doğmaktadır. Kanaatimizce bu hususta İtalyan hukukunun hukukumuzda da kabul edilmesi yerinde olacaktır. Tatbikatta fazla gerçekleşmese dahi, bazen, mahkûm hükümlülüğü ile gereken alâkası göstermiyecektir. Fakat mahkûmiyet sebebiyle yakın akrabaların mu tazarrır olabileceği de düşünülürse, hayatta bulunan mahkûm lehine muhakemenin iadesi talebinin akrabaları tarafından da yapılabilmesini kabul etmek gerekecek, bunun gerçekleştirilmesi için de CMUK muzun 329. maddesinin uygun şekilde genişletilmesi icap edecektir.

II — MUHAKEMENİN İADESİNİN MADDİ ŞARTLARI :

1 — Lehe muhakemenin iadesi şartları :

A) Yeni vakıa veya deliller :

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 327 inci maddesinin 5 inci numarasında belirtilen bu ve bunun içinde mütalâa edilebilecek diğer iade sebepleri üzerinde teferruata giden ve tatbikatı da aksettiren şekilde durmayacağız. (Bu hususta bak. Ayhan ÖNDER CMU Hukukunda Yeni Vakıa ve Deliller sebebiyle muhakemenin iadesi, İHFM. XXXI 1966 sayı 1-4).

Kara Avrupası Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunlarında, aşağıda etraflıca gösterildiği gibi, yeni vakıa veya deliller muhakemenin iadesi sebepleri arasında hemen de istisnasız yer almaktadır.

a) Genel olarak :

Yeni delil veya vakıa olarak belirtilen hususların mahkûm tarafından daha önce bilinip bilinmemesi önemli olmamalı, sanık daha önce bildiği delil ve vakıaları yeni olarak muhakemenin iadesi sebebi olarak belirtebilmelidir. Maddi hakikatin aranmasını muhakemenin iadesinde prensip olarak kabul eden kanunumuz, aksi bir hal tarzını kabul etmemiştir ve etmemelidir. Esasen mahkûmun delil ve vakıaları ilk muhakemede bilip bilemiyeceği de katiyetle tes-

bit edilemez. Bundan başka delillerin re'sen dahi telâkki edilebileceğine dair usul kaidemiz, aksi fikrin kabulüne de manidir.

Kanunumuz yeni deliller veya vakıalar serdinde, mahkûmun daha az bir ceza ile cezalandırılmasının gaye edinildiği hallerde de muhakemenin iadesini kabul ederek İtalyan ve bazı İsviçre kanton kanunlarının sisteminden ayrılmıştır. Kanaatimizce kanunumuzun sistemi yerindedir. Gerçekten belirttiğimiz yabancı hukukta yeni vakıa veya deliller kesin hükmün temelini sarssa ve hükmün hatalı olduğunu ortaya koysa dahi, kesin hükmün dokunulmazlığı esasına bağlı kalıp bundan fedakârlık yapmak istemeyen kanunların tutumu maddî hakikat ve adalet prensiplerini tatmin edemediği gibi fertlerin hürriyetlerine gereken saygının da gösterilmemesi neticesini doğurur. Bu hukukta, muhakemenin iadesi ancak mahkûmun suçsuzluğunun ve kusursuzluğunun gaye edinildiği hallerde mümkün olabilmektedir. Belirttiğimiz gibi kanunumuzun sistemi yerindedir ve muhafaza edilmesi gerekir. Temas ettiğimiz kanunlar fert hürriyetine gösterdikleri saygı sebebiyle aleyhe muhakemenin iadesini kabul etmedikleri halde, daha az bir ceza ile cezalandırma gayesine matuf muhakemenin iadesini kabul etmemek suretiyle kendi sistemleri içinde gelişmeye de düşmektedirler. Kanunumuz kesin hüküm bakımından bu kadar sert bir telâkkiye taraftar olmadığı için, kendi bünyesinde tamamen tutarlıdır. Bu hususta Fransız sistemi de kabul edilmemelidir. Gerçekten bu hukukta yeni vakıa veya delillerin serdinde İtalyan hukukunda olduğu gibi, mahkûmun kusursuzluğu aranmamış ise de, ilk hükmün temellerini sarsacak mahiyet arzemesi istenmiştir. Bu itibarla Avusturya, mehzaz Alman kanunu, ekseri İsviçre kanton kanunları ve Federal İsviçre Ceza Usul Kanu'nunun kanunumuz gibi olan ve mahkûmun daha az bir ceza ile tecziye edilmesini kabul eden sisteminin yerinde olduğu kanısındayız. Bu hususta CMUK. muzun 331 inci maddesi üzerinde de ileride duracağız.

b) Kabahatlerde yeni delil veya vakıa :

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 327 inci maddesinin 5 numaralı iade sebebinin 2. cümlesi, muhakemenin iadesi müessesinde kanunî bir tahdidi ihtiva etmektedir. Buna göre «şu kadar ki kabahat hükümleri hakkında ancak evvelce mahkûm tarafından

öğrenilmemiş olan veya irad edilmemiş bulunan vakıalar veya deliller dermeyan olunabilir.»

Bu hükmün kanunumuz bakımından lüzumlu olup olmadığına temas etmeden önce me haz kanuna giriş şekli ve sebebi üzerinde durmak istiyoruz. Böylece, kanunumuzda bu hükme ihtiyaç olup olmadığı meselesi de kendiliğinden halledilmiş olacaktır. Bu hüküm me haz kanun için hazırlanmış bulunan tasarıda yoktu. Tasarı görüşülürken ilk müzakeresinde bu hükmün yalnız bazı suçlar için değil, kaide olarak vazedilmesi teklif edilmişti. Bu teklif ilk müzakerede reddedildi. İkinci müzakerede ise, yalnız Sulh ve Schoffen mahkemeleri için kabul edildi ve böylece me haz kanuna girdi.

Mehaz kanun hazırlanırken istinaf derecesi de kabul edilmişti. Kanunun sistemine göre, sulh mahkemesinden veya meslekten olmayan iki hâkim ile sulh hâkiminin teşkil etmiş bulunduğu Schoffen mahkemelerinden sadır olan hükümler istinaf derecesinde tekrar maddî ve hukukî cephelerden tetkik edilebilmektedir. İşte bu sebeple kanun koyucu, istinaf yoluna gidilmesi mümkün olan işlerde yeni vakıa veya delil serdi suretiyle muhakemenin iadesinin mümkün olabilmesi için, bunların ilk hüküm tesis edilirken mahkûm tarafından öğrenilmemiş veya kendi kusuru olmıyarak evvelce irad edilmemiş olması şartını aramıştı. Demek ki, me haz kanunun böyle bir hükme yer vermesinin sebebi, bu hükmün tatbik edilebildiği işlerin esaseş istinafa tâbi mevattan olmuş bulunması ve bu derecede işin maddî delillerinin tekrar tetkikinin mümkün bulunmasıydı. Kaydedelim ki, bu işler için istinaf yolunun açık olması kifayet etmekte, ayrıca bu hükmün tatbik edilmesi veya edilememesi için istinaf yoluna gidilmiş bulunması aranmamaktaydı.

Mehaz kanunda Sulh ve Schoffen mahkemelerinin vazifeleri dahilinde olan işlerin ehemmiyetsiz işler olması sebebiyle, kanun koyucu bu hükmü kabule sevkeden diğer sebep, maddenin basit işlerde tatbik edilebilmesiydi. Nihayet diğer sebep (359/5 TCMUK. 327/5) numarasının ikinci cümlesinde derpiş olunan yeni delil veya vakıaların ilk hüküm tesis edilirken bilinmiş olması halinin hükme herhangi bir tesir icra etmiyeceği ve bu bilinen fakat mahkemece telâkki edilmeyen delillerin veya vakıaların da verilen hükümde münderiğ olduğu hususuydu.

Mehaz kanunun bu hükmü Alman müellifleri tarafından tenkit olunmaktaydı ve bu tenkitler şu hususlara müteveccih: İlk hüküm tesbit edildiği zaman muhakemenin iadesini talep eden şahıs tarafından ikame edilen yeni vakıa veya delillerin bilinmemiş olması hususundaki tahdit kabule şayan değildir. Delillerin veya vakıaların mahkemece tesbit ve takdir edileceği sistemi kabul edildikten sonra böyle bir fikre yer vermemek gerekir. Bundan başka dâva tarafları her zaman yeni bir delilin hüküm üzerindeki tesirini takdir edemez ve bu sebeple de ikame etmemiş olabilirler. Kanunun hükmüne göre yeni vakıa veya deliller yalnız veya eskileri ile birlikte mevcut hükmü sarsabilecek mahiyet arzettikleri takdirde muhakemenin iadesi sebebi olabileceği kabul edildikten sonra, eski deliller ile birlikte hükme olan tesiri iade talebinde bulunan kimse tarafından daha az bilinebilecektir. Yine kanunumuz dâvanın savcılık tarafından ikamesi prensibini kabul etmiş ve taraflar kendilerini alâkadar eden hususlarda hükme tesir edebilecek malzemeyi mahkeme-ye arz etmek durumuna konulmuştur. Böyle bir prensip ve sistem kabul edildikten sonra kanunun bu hükmü bir tenakuz yaratır.

Beyan edelim ki, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nu tadil etmek için hazırlanmış bulunan tasarılarında, bu hükmün bir medenî usul hukuku prensibi olabileceği, ceza usulü bünyesine yabancı olduğu mülâhazası ile 5. bendin 2. cümlesine yer verilmemiş, yeni vak'a veya delillerin mevcudiyeti halinde eski hükmün hatalı olduğu anlaşılmakta ise adaletin mutlak surette tecelli etmesi gerekeceği esbabı mucibesi gösterilmiştir. Bugünkü Alman usulünde kanunumuzun bu hükmüne benzer bir hüküm yoktur; böylece kanun koyucu mahkûmun lehine olarak muhakemenin iadesinde kolaylık sağlamak istemiştir. Yabancı mevzuatta da yaptığımız araştırmada kanunumuzun bu hükmüne benzer bir hüküm göremedik. Mehaz kanunu tetkik ettikten sonra, kanunumuzun bu hükmü hakkında kanaatimizi belirtebiliriz. Evvelâ şunu belirtelim ki, kanunumuzun tercümesini yapmış bulunan İstanbul Komisyonu bu fıkrayı tercüme ederken, meselenin esasına çok kısa da olsa temas etmiş ve böyle bir hükmün sevk sebebinin istinaf derecesini kabul etmiş bulunan Alman kanunu için mevcut olduğunu göstermiş ve şayet istinaf derecesi memleketimizde de kurulacak ise, bu hükmün muhafazası, aksi halde kaldırılmasını öngörmüş ve bu hususa tercümenin ikinci defa gözden geçirilmesi sırasında tekrar avdet edilmesi

temennisinde bulunmuştu. Fakat memleketimizde istinaf derecesi kabul edilmediği halde, bu hükmün tasarıdan çıkarılması unutulmuştur. Alman hukuku bakımından belirtmiş olduğumuz sebepler hukukumuz için de aynen varit olması nedeni ile kanunumuzun 327 inci maddesinin 5 inci bendinin ikinci fıkrasının kanunumuzdan çıkarılması yerinde olacaktır.

c) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 327 ve 330 uncu maddelerinin 1 ve 2 ve 3 numaralı bendleri :

Tetkik imkânını bulabildiğimiz hemen de bütün kanunlar ve aleyhe muhakemenin iadesine de yer vermiş bulunan mevzuat, tesis olunan hükme işlenmiş bir suç sebep olmuş ise, bunu muhakemenin iadesi sebepleri arasında kabul etmişlerdir. Bu sebep gerek lehe gerekse aleyhe muhakemenin iadesinde bir iade sebebidir. İtalyan, İsviçre Federal CMUK ve bazı kanton kanunları bu hususu umumî bir hüküm sevk ederek tesbit ettikleri halde, diğer bazı memleket kanunları, yalan şahit beyanını, sahte vesikayı veya hâkimin vazifesini ifada kusurlu hareket etmesini ayrı ayrı tesbit etmişlerdir. Başka bir sistem İsviçre kantonlarının bazılarınca kabul edilmiş ve hükme müessir yalan şahit beyanları veya sahte vesika'nın mevcudiyetinde, kanunda bu hususta mütedair sarahat olmasa dahi, yeni vakıa veya delil şeklinde kabulü ile muhakemenin iadesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz da, mehz Alman kanununda olduğu gibi, 327 ve 330 uncu maddelerin 1 den 3 e kadar olan bendlerinde belirtilen sebepler sarahatle muhakemenin iadesi sebepleri olduğu gösterilmiştir. Burada belirtilen iade sebeplerinin teferruata inen izahını yapacak değiliz. (Bu hususta geniş izahat için bakınız, Ayhan Önder, CMU Hukukunda muhakemenin iadesinde müşterek sebepler İHFM. XXXII, 1966 Sayı 1).

Görülüyor ki, iki esas sistem vardır. Birinci sistem suça müstenit iade sebeplerini teker teker gösteren sistem, diğeri ise bu iade sebeplerini yeni vakıa veya delil içinde mütalâa eden sistemdir. Reform hareketlerinde hangi sistemi benimsememiz gerekeceği üzerinde durulabilir. Eğer bütün bu iade sebeplerini yeni vakı veya deliller olarak kabul edersek, CMUK. muzun 327 ve 330. maddelerinin 1 den 3 e kadar olan bendlerinin kaldırılması gerekecektir.

Duruşmada ihticaç olunan ve hükme tesir eden bir vesikanın sahteliği ve yemin verilerek dinlenmiş olan bir şahit veya bilirkişinin hükme müessir olacak surette mahkûm aleyhine kast veya ihmâl ile hakikat hilâfında şahadette bulunduğu veya rey ve mütalâa verdiğinin anlaşılması hüküm tesisinde maddî vakıalara taallûk etmektedir. Gerçekten bu iki sebep hükme esas teşkil eden maddî deliller olup, bertaraf edilmeleri hükmün esasının da değişmesi neticesini doğuracaktır. Yani hüküm maddî deliller ile çelişki içinde bulunacak ve hatalı bir hüküm olduğu meydana çıkacaktır. Deliller veya vakıalar unsura ve bu unsurların gerçekleşmesine veya gerçekleşmemesine taallûk etmekte iseler bunlar «yeni delil veya vakıa»dır. İlk hükümde şahit beyanının yalan olduğu veya vesikanın sahteliğinin anlaşılması, daima yeni vakıa veya delil olup, bu delil veya vakıanın yalan veya sahte olduğunu göstermektedir. Bu deliller veya vakıalar ise verilen hükmün maddî hakikati aksettirmedigini, adil olmadığını ve hükmün hatalı olduğunu göstermektedir. Elbette burada yeni vakıa veya delillerin maznunun kusurunu veya kusursuzluğunu doğrudan doğruya veya dolayısıyla ispat ettiği veya lehe veya aleyhe olan duruma tesir ettiği hususu üzerinde durulmamalıdır. Vereceğimiz şu misaller izahlarımızı aydınlatacak mahiyettedir.

Misal 1 — Hüküm kesinleştikten sonra davanın bir şahidi mevsuf hırsızlıktan mahkûm olan sanık ile vak'a mahallinden başka bir yerde olduğunu beyan etmiştir.

Misal 2 — Bir şahit duruşmada sanığın mevsuf hırsızlık yaptığı sırada onu gözetlediğini beyan etmiş, daha sonra yalan söylediğini itiraf etmiştir.

Kanunumuzun sistemine göre 1 numaralı misalde muhakemenin iadesi CMUK. nun 327. maddesinin 5 nolu bendine göre talep edileceği halde, buna karşı 2 no. lu misalde iade talebi 327. maddenin 2 nolu bendine göre yapılacaktır. Birinci misalde mahkûmun fiili işlemediği doğrudan doğruya anlaşılmakta, ikinci misalde ise aleyhine ikame edilen delil dolayısıyla tesirini kaybetmektedir. Ancak bu iki misalin de aynı şekilde kabul ve neticeye olan tesiri aynı şekilde olmalıdır. Gerçekten her iki misalde de mevcut hükmün temeli sarsılmış ve hükme esas olan maddî delilin doğru olmadığı anlaşılmıştır. Böylece her iki misalde de muhakemenin iadesinin yeni vakıa veya deliller sebebiyle yapılabilmesi mümkün olmalıdır.

Ancak 327. ve 330 uncu maddenin 3. numarasında tesbit edilen ve hükme iştirak etmiş olan hâkimlerden biri aleyhine ceza takibatını ve kanunî bir ceza ile mahkûmiyeti istilzam edecek mahiyette vazifesini ifada kusur etmesindeki, meselâ rüşvet almış olması halindeki iade sebebi değişik mahiyettedir. Burada suç unsuruna taallük eden delil, hükmün fiilen doğru veya yanlış olduğuna müteveccih değildir ve muhakemenin iadesi sebebi burada hükme esas teşkil eden fiili duruma ve delillerin birbirleri ile olan münasebetine ve ahengine ait olmayıp, hükmü tesis eden hâkime müteveccihdir. Muhakemenin iadesi elbetteki kabul edilecektir. Çünkü hükme iştirak eden hâkim bilgisine ve vicdanî kanaatine, duruşmadan edindiği kanaatine göre hüküm tesis etmemiştir. Bu itibarla hâkimin suiistimalini düzenleyen bu iade sebebi, yeni vakıa veya delil içinde mütalâa edilemez.

Bu itibarla bugün mer'î olan CMUK. muzun 327 ve 330 uncu maddelerinin 3. numaralı bendlerine lüzum vardır. Buna karşılık 327 ve 330 uncu maddelerin 1 ve 2 no. lu bendleri, yeni vakıalar veya deliller içinde mütalâa edilerek kanundan çıkarılabilecektir. Elbette böyle bir sistem, yukarıda belirttiğimiz gibi yeni vakıa veya delillerle aleyhe muhakemenin iadesi de kabul edilmek şartıyla benimsenebilir.

C — *Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne müstenit olup da bu hüküm kat'ileşmiş olan diğer bir hüküm ile bozulmuş ise, mahkûmun lehine olarak muhakemenin iadesi yolu ile dava tekrar görülebilecektir.* Bu hususu kanunumuz 327. maddesinin 4. bendinde ve lehe muhakemenin iadesi sebepleri arasında saymıştır. Yabancı hukukta İtalyan kanunu, hukuk veya idarî mahkeme kararlarına müstenit ceza hükmüne karşı, hukuk veya idarî mahkeme kararlarının diğer bir hukuk veya idarî mahkeme kararıyla kaldırılmasını kabul etmektedir. Kanunumuz sistemi mehzaz kanuna uygundur. Mehzaz kanunda da yalnız hukuk mahkemesi kararları belirtilmiş ise de, doktrin idarî mahkeme kararlarının da, aynı mahiyette olduklarını kabul ederek, İtalyan kanunu gibi meseleyi halletmektedir. Fransız, Avusturya, İsviçre, Macaristan kanunlarında rahatlıkla tesbit edilmiş böyle bir iade sebebi yoktur.

Yeni vakıa veya deliller sebebiyle muhakemenin iadesi mümkün olabildiğine göre, kanunumuzda açıkça belirtilen böyle bir iade sebebine lüzum olup olmadığı düşünülebilir. Kanaatimizce,

327. maddenin tetkik ettiğimiz bu 4. numaralı bendi kaldırılmalıdır. Gerçekten 5. numaralı bendde gösterilen yeni vakıa veya deliller 4 numaralı bendde tesbit edilen hali de kapsamaktadır. Kıstasımızı tatbik etmeden önce bir misal verelim. Bir hırsızlık davasında mahkeme malın kime ait olduğunun CMUK. nun 255. maddesine göre halli cihetine gitse, ve hukuk mahkemesinin verdiği karar üzerine mahkûmiyet hükmünü tesis etse ve daha sonra hukuk mahkemesi hükmü kat'ileşmiş diğer bir hüküm ile kaldırılmış bulunsa, hukuk mahkemesinin hükmü muhakemenin iadesi talep olunan dâvada hükme esas teşkil eden bir delil olarak değerlendirilmiştir. Bu hüküm daha sonra kaldırılırsa, ceza dâvasında hükme esas teşkil eden bir delil de bu mahiyet ve ehemmiyetini kaybetmiş olacaktır. Hukuk mahkemesi hükmünün, kaldırılışının hukukî veya fiilî sebeplerden hangisine istinat ettiği ceza dâvası bakımından herhangi bir tesiri haiz olmayacaktır. Gerçekten ceza hâkimi ile hükmünü tesis ederken hukuk mahkemesinde ileri sürülen delillerin takdirine gitmeden ve yalnız mevcut hükme istinat etmiş olması sebebiyle hükmünü tesis etmiş bulunması, hukuk mahkemesi hükmünün ceza mahkemesi hükmünde esas teşkil edecektir. Bu delil daha sonra bertaraf edilmiş ise, ceza hükmüne esas teşkil eden fiilî durum değişmiş olacaktır. Bu halde de hukuk mahkemesinin hükmü muhakemenin iadesinde 327. maddenin 5. bendinin anladığı manâda yeni delil olmaktadır. Bu itibarla 4. bendin kaldırılması mümkündür. Mevzuat kanunun tadili hususunda yapılan reform tasarıları, 327. maddemizin 4. numarasında gösterilen sebebi, yeni vakıa veya delil niteliğinde kabul ettiği için bünyesinde bu sebebe ayrıca yer vermemiştir.

Ancak belirtelim ki, 4 numaralı bendin kaldırılması gerçekleşince, 327. maddenin 5. bendinin 2. cümlesinin de kanundan mutlak çıkarılması gerekecektir; zira 327. maddenin 5. bendinin 2. fıkrasında kabahat hükümleri hakkında ancak evvelce mahkûm tarafından öğrenilmemiş olan veya kusuruyla olmayarak evvelce irad edilmemiş bulunan vakıalar veya deliller dermeyeran olunabilecek, halbuki 327/4. numaralı bendin iade sebebinde 5 numaralı bendde bahis konusu olabilecek cezanın daha az verilebilmesi halinin gerçekleşemeyeceğine de temas edelim.

2 — Aleyhe muhakemenin iadesi şartları :

1 — Yeni vakıa veya deliller aleyhe iade sebebi olabilmeli midir?

Yeni vakıa veya delillerin mahkûmun aleyhine bir iade sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği problemi üzerinde de durmak gerekir. Avusturya, bazı İsviçre kanton kanunları ve İsviçre Federal kanunu yeni vakıa veya delil sebebiyle muhakemenin aleyhe iadesini kabul etmişlerdir. Mehaz kanun ve İsviçre kanton kanunlarından bazıları, müesseseyi bu kadar geniş bir biçimde kabul etmemiş, önemli bir tahdide tâbi tutmuşlardır. Bu tahdite göre, şahsın mahkemede veya mahkeme dışında inanılır bir ikrarda bulunmuş olmasını aramışlar, yeni delil veya vakıaları kaide olarak aleyhe muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul etmemişlerdir. Kanunumuzun sistemi de bu ikinci sistemdir. Gerçekten 330 uncu maddenin 4 üncü bendine göre aleyhe muhakemenin iadesi yoluna gidilebilmek için, maznunun beraat ettikten sonra suça müteallik itimada şayan bir ikrarda bulunması aranmıştır.

Hukukumuzda bu müessese tenkit edilmektedir. Bazı müellifler aleyhe muhakemenin iadesine karşı oldukları için, ikrar sebebiyle de aleyhe muhakemenin iadesini kabul etmezler. Diğer bazıları ise 330 uncu maddenin 4 üncü fıkrasının tahdit edilmesi ve ikrarın «mahkeme huzurunda» yapılmış olmasını ararlar. Yukarıda Avusturya hukukuna temas etmiş ve yeni delil ve vakıaların bu hukukta iade sebebi olduğunu belirtmiştik. Buna göre yeni vakıa veya delil sebebiyle aleyhe muhakemenin iadesi yoluna hem beraat eden şahıs hem de mahkûm olan şahsa daha fazla bir ceza verebilmek için gidilebilmektedir. Ancak, Avusturya hukukunda bu prensibin bir tahdidi de kabul edilmiştir. Buna göre şahıs hakkında tatbik edilen kanun ile tatbik edilecek kanun arasında fark bulunmalıdır. Bu fark Avusturya ceza kanununda suçların cinayet, cünha, kabahat tefrikine uygun olarak, yeni vakıa veya deliller sebebiyle aleyhe muhakemenin iadesi yoluna gidebilmek için şahsın cünha veya kabahat fiilini işledikten sonra fiilinin cinayet olarak kabul edilmesi gerekeceği anlaşılmalıdır. Bundan başka tatbik edilen kanun ile tatbik edilecek kanun arasında rativ bakımından da fark bulunması gerekecektir. Bu kaidelere göre Avusturya hukukunda basit hırsızlıktan mahkûm olan aleyhine mevsuf hırsızlıktan muhakemenin iadesi talep edilemeyecektir. Buna karşı trafik kaza-

sında karısının ölümüne sebep olan şahsın, daha sonra elde edilen yeni delil ile karısını kasten öldürdüğü ve trafik kazası süsü verdiği anlaşılmış ise, aleyhe muhakemenin iadesi kabul edilebilecektir.

Kanunumuzun hükmünün yerinde olduğu ve yeni vakıa veya deliller sebebiyle muhakemenin yenilenmesine cevaz verilmemesi gerektiği, savcılık faaliyeti bakımından müdafaa edilmekte, aksi tatbikatın savcüyı tahkikatı gereken hassasiyet içinde yürütmeyeceği, ileride zuhur edecek yeni vakıa veya delillerle nasıl olsa muhakemenin iadesi yoluna gidebileceği düşüncesi, bu müesseseyi pasif duruma iteceği fikri savunulmaktadır.

2 — Suça müteallik itimada şayan ikrarda kanunumuzun durumu ve tenkidi :

Kanunumuz aleyhe muhakemenin iadesinde lehe iadeden farklı olarak maznunun beraatten sonra suça müteallik itimada şayan bir ikrarda bulunmasını iade sebebi olarak kabul etmiştir. Aleyhe muhakemenin iadesinde iki sistem görüyoruz. Bir sisteme göre lehe muhakemenin iadesinde olduğu gibi, aleyhe muhakemenin iadesinde de yeni vakıa veya deliller iade sebebi olabilmekte ve bu itibarla ikrar da delil ve vakıa olarak kabul edildiğinden bu kanunlarda ayrıca belirtilme yoluna gidilmemektedir. Diğer sistem, itimada şayan ikrarı aleyhe muhakemenin iadesinde sebep olarak kabul eder. Mehzaz kanun, kanunumuz, Avusturya kanunu bu sistemi benimsememiştir. Belirtelim ki aleyhe iadeyi kabul eden kanunlar, ilk sebep olarak ikrara bu vasfı vermişlerdi.

Bendin tatbiki için ilk hükmün beraat olması şarttır. Mahkûmiyetten sonra daha ağır bir cezanın verilebilmesi için iade kabul edilmeyecektir. Bu ise hukuk duygumuzu tatmin etmez. İkrarın tesiri yalnız ikrarda bulunan şahsa ait olacak, iştirak halinde işlenen suçlarda diğer şeriklere sirayet etmeyecektir. Bu hususta adalet hissini tatmin edici değildir. Bu adaletsizliği gören Bern CMUK 353. maddesinde şeriklerden birisinin ikrarının diğerlerine de tesir edeceğini kabul etmiştir. Bendin tatbiki için maznunun beraatten sonra ikrarda bulunmuş olması aranacaktır. Beraatten evvel yapılan ikrar beraatten sonra meydana çıksa fıkra kabili tatbik değildir. Avusturya Mahkemesi bu adil olmayan durumun hallinde değişik karar vermiş, hüküm tesisinden önce yapılan fakat hüküm kesin-

leştikten sonra meydana çıkan ikrar, ikrar olarak değil, fakat yeni vakıa veya delil olarak kabul etmiştir. Bendin tatbiki için şahsın «suç»unu ikrar etmesi lâzımdır. Bu husus İstanbul komisyonunca yapılan yanlış tercüme ile kanunumuza girmiştir. Mehaz maddede ikrar edilecek husus «ceza müstelzim fiildir». Fiil ikrar edilirse, iade sebebi mevcuttur. İkrarın fiilin tamamına değil de, münferit bazı hususlarına yapılması halinde, iade sebebi olmayacaktır.

3 — Kanaatimiz :

Kanunumuzda muhakemenin aleyhe iadesi sebebi olarak 330 uncu maddenin 1, 2 ve 3 üncü fıkrasından başka, yalnız 4 üncü fıkrada «Maznun beraat ettikten sonra suça müteallik olarak itimada şayan bir ikrarda bulunmuş» olması halini kabul edilmektedir. Aca-ba, kanunumuzun bu hükmü yerinde midir, yoksa aleyhe muhake-menin iadesi sebeplerine yeni delil veya vakıalar da ithal edilmeli midir? Bu husustaki kanaatimizi belirtmeden evvel, mukayeseli hu-kukta, Avusturya (Md. 355 Nr. 2, 356) İsviçre Federal Ceza Muha-kemeleri Usulü Kanunu (Md. 229 Nr. 2) ve İsviçre kantonlarından Appenzell A. Rh, Basel-stadt, Freiburg, Graubünden, Luzen, Schwyz, Uri, Aargau, Basel-Land, Bern. Schaffhausea, Thurgau, Zürich ka-nunlarının yeni delil ve vakıalar sebebiyle muhakemenin aleyhe iadesinin kabul edilmiş olduğunu belirtelim.

Hukukumuzda mehaz kanunda olduğu gibi, yalnız itimada şa-yan ikrar aleyhe muhakemenin iadesi sebebi olabilmektedir. Bu sis-temin kabul edilemeyeceğini ve tenkidinin de gayet kolaylıkla ya-pılabileceğini zannediyoruz. Esasen mehaz hukukta da muhakeme-nin yeni delil ve vakıalar sebebiyle aleyhe iadesi kuvvetle müdafaa edilmektedir. İsviçre hukukunda da bu kanaat müesseseyi kabul etmemiş bulunan kantonlar bakımından da tavsiye olunmaktadır. Muhakemenin iadesini aleyhe olarak kabul edip bunu yalnız maz-nunun ikrarına hasretmek yerinde değildir. İkrara iade sebebi vas-fı vermek, ikrarın kusuru itiraf olarak değerlendirilmesi neticesidir ki, bugünkü Ceza Muhakemeleri Usulü hukukunda ikrar artık bir «Regina Probationum» değildir. Bu telâkki 16 ve 17 ci yüz-yılda kabul edilmiş ikrara delillerin sultanı olarak bakılmış ve maznundan ikrarla koparılabilmesi için de çeşitli işkencelerin ya-pılmasına müsaade olunmuştu. Fakat zaman içindeki tatbikat şunu göstermiştir ki, ikrar daima samimi bir itiraf olmamış, bunun altın-

da çeşitli menfaatler ve sebepler mevcut bulunmuştur. Bugün ikrar ceza muhakemesinde, diğer delillerde olduğu gibi, telâkki eden mahkemenin serbest takdirine göre değerlendirilmektedir, ve her delilin aynı derecede bir hususu isbata yeterli veya yetersiz olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple maznunun ikrarına diğer delillerden, yani yeni vakıa veya delillerden ayrı bir vasıf tanımanın ve kıymet vermenin hukukî bir sebebi olamaz. İkrarı aleyhe muhakemenin iadesinde yegâne sebep olarak kabul etmemizin ceza politikası bakımından da müdafaası yapılamaz. Maznun delil yokluğundan beraat etmiş ise, muhakemenin aleyhe iadesi için daha sonra elde edilmiş bulunan yeni delil veya vakıalar yetmeyecek, maznunun ikrarı beklenecek, yeni deliller muvacehesinde suçluluğu bütün teferruatı ile ortada olan maznun hakkında ceza takibatına tevessül edilemeyecektir. Maznun inkâr etmekte devam ettiği takdirde, durum değişmeyecektir. Buna mukabil, diğer bir maznun beraatten sonra duyduğu vicdan azabının tesiri ile itirafta bulunacak, ahlâki redaetinin diğer maznuna nisbetle çok daha az olduğunu duyduğu nedamet hissi ile göstermiş olmasının, aleyhe bir mükâfatı olarak, aleyhe muhakemenin iadesine muhatap olup mahkûmiyeti cihetine gidilebilecektir ki, bu halinin hukukî bir esası olduğu iddia olunamaz. Muhakemenin yeni delil veya vakıalar ile aleyhe iadesinin aleyhine bazı müellifler şu fikri ileri sürerler. Maznun hakkında mevcut fakat mahkûmiyetine kifayet etmeyecek deliller ile savcı amme davasını açacak, icra edilen muhakeme savcının durumunda herhangi bir değişiklik yapmayacak, beraat hükmünün kesinleşmesinden sonra dahi elde edilen diğer delil veya vakıalar sebebiyle aleyhe muhakemenin iadesi cihetine gidilebilecektir. Muhakemenin aleyhe iadesinin aleyhine ileri sürülen bu sebebin tatmin edici olmadığına belirtmek lâzımdır. Bunun iki sebebi olabilir. Evvelâ amme davasının açılması ile vazifelendirilmiş savcının, bu şekil bir hareket tarzı takip edeceği ve vazifesini bir nevi suiistimal edebileceği kabul edilemez. Amme davasını açmak isteyen savcı, maznunun suçluluğunu ispata elverişli olabilecek bütün delilleri toplama temayülünde olacak ve elde ettiği takdirde davayı açacaktır. İleride yeni delil ve vakıalar sebebiyle muhakemenin aleyhe olarak iadesi yoluna gidebilirim şeklinde düşünmeyecektir. Böyle bir düşünce ile hareket eden bir savcılık teşkilâtının mevcut olabileceğini tahmin dahi etmek mümkün değildir. Bundan başka, ekseri kanunlarda, ve mehzaz kanunda, amme davasının savcı tarafından açılması

halinde son tahkikatın açılmasına da mahkemece karar verilmek gerekir. Suçluluğu ispat sadedinde kâfi derecede delil ikame edilmiş ise, işin son tahkikat safhasına geçebileceğini iddia mümkün olamaz. Hukukumuzda da ehemmiyetli işler için ilk tahkikat safhası kabul edilmiş, bazı işlerde mecburi, diğerlerinde ise ihtiyari bir usul olarak benimsenmiştir. Bu şekil ve sistem, ileri sürülen fikirlerin tatbikatta meydana gelemeyeceği hususuna müteveccih bir emniyet sübabı vazifesi görmektedir. Yukarıdan beri belirttiğimiz gibi, aleyhe muhakemenin iadesinin yalnız itimada şayan ikrara hasredilmesi, gerek hukukun emniyeti gerek adalet hissini tatmini bakımından ikna edici değildir. Bu sebeple, yeni vakıa veya delillerin meydana çıkması halinde de, lehe olduğu gibi, aleyhe de muhakemenin iadesini kabul etmek gerekir. Bunun için maznunun evvelce beraat etmiş olması şartı da aranmamalıdır. Maznun evvelce beraat etse veya, yeni delil veya vakıalar ile daha başka bir ceza kanunu hükmünün tatbik edilmesi suretiyle daha ağır bir ceza ile tecziyesi bahis konusu olursa, aleyhe iadeyi kabul etmek gerekir. Avusturya hukuku bu bakımdan örnek alınabilir. Bu hukuka göre, aleyhe muhakemenin iadesi cihetine gidilebilmesi için, yeni delil veya vakıaların suçun cinsini değiştirmiş olması lâzımdır. Meselâ, mahkûmiyet kabahat sebebiyle olduktan sonra, suçun nevi cünha veya cinayet olarak vasıflandırılmakta ise, iade mümkündür. Hukukumuzda da, kabahatten mahkûmiyetten sonra suçun nevi cürüm olarak vasıflandırılmakta ise iade mümkün olmalıdır. Veya, tatbik edilecek kanun hükmü korunan menfaati daha değişik bir suç şekli içinde ve daha ağır bir cezanın bünyesine almış ise yine aleyhe iade kabul edilmelidir. Yani CMUK. muzun 331 inci maddesine benzer bir hüküm, menfi bir tarzda, burada da kabul edilmelidir. Ancak, bu kısımda başka kanun hükmünü, korunan hukukî menfaat bakımından da tahdit etmek gerekir. Meselâ, ceza kanununun 193 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre mesken masuniyetini ihlâlden sonra, 2 inci fıkrası sebebiyle aleyhe muhakemenin iadesi mümkün olmamalıdır. (Bu hal lehe muhakemenin iadesi olabilir) Fakat, taksir ile adam öldürme suçundan mahkûmiyetten sonra, failin kasten adam öldürdüğü yeni delil ve vakıalar sebebiyle ispat edilebilirse, aleyhe muhakemenin iadesi bu halde kabul edilmelidir. Beyan edelim ki bazı kanunlar zaman içinde aleyhe muhakemenin iadesini kabul etmek zorunda kalmışlardır.

Gerçekten Zürich kanunu 1919 senesinde tadile uğramış ve be-

raat eden maznunun aleyhine daha sonra elde edilen yeni vakıa ve deliller serdi ile muhakemenin aleyhe iadesi kabul edilmiştir. Esbabı mucibe olarak da şu hususlar gösterilmiştir: Beraat eden maznunun aleyhine yalnız ikrarın muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul edilmesinin haklı bir gerekçesi olamaz. Daha sonra elde edilen yeni vakıa veya deliller beraat eden şahsın mahkûmiyetini gerektirecek vasıfta ise, maddî hakikatin tesbiti ve adalet hislerinin tatmini, bu halde aleyhe iadei muhakemeyi kabule bizi zorlar. Bu mevzudaki kanaatimizin takviyesi için bir müellifin verdiği güzel bir misali tekrarlıyalım. (A) karısı (B) yi öldürmüştür. Hakkında yapılan tahkikatta kadının cesedi bulunamamış ve evi terketmiş olabileceği nedeni ile kocanın beraatine hüküm verilmiştir. Hüküm kesinleştikten sonra kadının cesedinin evin bodrumunda gömülü olduğu anlaşılmış ve bulunduğu yerden çıkartılmıştır. Fakat (A) suça ait herhangi bir ikrarda bulunmamıştır. Kanunumuzun sistemine göre (A) hakkında muhakemenin iadesi, bütün bu delil ve vakıalara rağmen talep edilemeyecektir. Bu hal ise adalet hissini ve prensiplerini telâfisi imkânsız bir şekilde ve derecede yıkacağını sizlerin takdirine arz ederim. Sinirlerine hâkim, ahlâkî redaeti fazla olan bir şahıs itirafta bulunmaz ve konuşmamakta ısrar ettiği takdirde, hakkında muhakemenin iadesi talep edilemeyecek, inatçılığı mükâfatlandırılacak, diğer tarafta nedamet hissi duyan ve ikrarda bulunan şahıs, samimi hareketleri sebebiyle cezalandırılacaktır. Bu hali izah kanaatimizce mümkün değildir. Bizce yeni vakıa ve deliller sebebiyle muhakemenin iadesi hem beraat eden hem de daha ağır bir cezanın tatbikini gerektiren hallerde mümkün olabilmeli, buna uygun olarak CMUK. nun 330. maddesinin 4 numaralı bendi değiştirilmelidir. Bugün mehaz kanun hakkında Almanya'da bu hususta kuvvetli bir ceryanın mevcut olduğunu da belirtelim.

D — Hâkimin vazifesini kötüye kullanmış olması :

CMUK nun 327 ve 330. maddelerinin 3 numaralı bendi, bizzat mahkûm tarafından sebebiyet verilmiş olan kusur müstesna olmak üzere hükme iştirak etmiş olan hâkimlerden birisi aleyhine ceza takibatını ve kanunî bir ceza ile mahkûmiyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifesini ifada kusur etmiş olması halini de iade sebebi olarak kabul etmiştir. Kanunumuzun bu hükmü mehazdan bazı bakımlardan hatalı tercüme edilmiştir. Bu nokta üzerinde fazla

durmayacağız. Kanaatimizce Macar CMUK nun 270. maddesinin 2 No.lu bendi hükmüne benzer şekilde, bu bendimizin değiştirilmesi arzu edilen neticeyi ve yapılabilecek çeşitli tenkitleri bertaraf edebilecek mahiyettedir. Kanunumuzun hükmü kısaca şöylece tenkit edilebilir. Yalnız hâkimler için tatbik kabiliyeti olması, bu hâkimin hükme iştirak etmiş bulunması gibi tahdidi ihtiva eden hususlardır. Bizce gerek 327. gerek 330. maddenin 3 numaralı bendi, 332. madde bakımından tatbik edilebilen yegâne sebeptir, ve Macar kanunu gibi basitleştirilebilir. Buna göre dâva ile ilgili bir hâkim vazifesini ceza kanununa göre cezalandırılan bir fiil ile suiistimal etmiş ise «Böyle bir hal tarzı maddeye yapılan tenkitleri de bertaraf edilebilecektir». Hüküm tesisinde savcıların da faaliyetleri, muhakemenin seyri ve neticesi üzerindeki çok önemli tesirleri de gözönünde bulundurulursa, hukukumuzdaki temenniler gibi, biz de fıkraya savcılarının da ithal edilmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

§ VII — MUHAKEMENİN İADESİNDE TAHDİTLER :

Kanunumuz 331 ve 332. maddelerinde muhakemenin iadesi bakımından iki tahdidi hüküm sevketmiştir.

1 — CMUK. nun 331. maddesi :

Muhakemenin iadesi talebi bakımından kanunumuzun kabul etmiş olduğu ilk tahdit 331. maddede gösterilmiştir. (Bu madde hakkında geniş izah için bakınız, Ayhan Önder, Muhakemenin İadesinin Caiz Olmadığı Hal, İHFM. XXXI, Sayı 1-4) Buna göre kanunun aynı maddesinde münderiç hudut içinde olmak üzere cezanın tadili maksadıyla muhakemenin iadesi caiz olamayacaktır. Beyan edelim ki, bu maddenin tercümesi İstanbul Komisyonu tarafından hatalı yapılmış ve bu hata kanunumuza da girmiştir. Mehzaz maddeye göre aynı kanunda münderiç cezanın aşağı ve yukarı hadleri arasında kalıncaksa cezanın tadili gayesi ile yapılan iadei muhakeme kabul edilmeyecektir. Görülüyor ki tercüme «aynı kanunda münderiç cezanın aşağı ve yukarı hadleri arasında kalıncaksa, cezanın tadili gayesi» şeklindeki ifade tarzını hatalı olarak «aynı maddei kanuniye de münderiç hudut dahilinde» şeklinde yapmış, maddenin müzakeresi sırasında herhangi bir fikir ileri sürülmeksizin mehzaz madde aynen tercüme edilmek istenmiş ve neticede bu sefer «kanunun aynı maddesinde münderiç hudut dahilinde olmak üzere...»

şekline çevrilmiş ve nihai metinde de bu ifade tarzı kabul edilmiştir. Mehaz kanun ile kanunumuz arasındaki fark, istenmeden yapılmış olsa dahi, çok barizdir. Mehaz madde 1963 tarihinde tadil edilmiş ve maddeye, emniyet ve ıslah tedbirlerinin dahi aynı gaye ile tadilinin mümkün olmadığı ilâve edildikten başka, maddeye ithal olunan 2. fıkrada ise kısmi akıl hastalığı iddiası ile de muhakemenin iadesinin caiz olamayacağı hususu tesbit olunmuş, bugünkü mehaz metinde emniyet ve ıslah tedbirlerine ait olan kısım kaldırılarak, kısmi akıl hastalığına ait kısım muhafaza edilmiştir.

331. Maddemiz hakkında mahkemelerimizin ve Yargıtayımızın değişik kararları olduğu malumdur. Bazı tip kararlarda madde metninden hareket ederek, aynı madde içinde kalınmak gayesi ile yapılan iade kabul edilmemiş, diğer tip kararlarda ise, aynı maddenin müstakil mahiyet arzeden fıkralarından birisi yerine diğerinin tatbiki için yapılan iadeyi kabul etmiştir. Bizce maddenin ıslahı gerekmektedir. Aynı kanun maddesi içinde olsa dahi suç unsurlarında mevcut değişikliği aynı kanun maddesi olarak kabul etmemek gerekir. Meselâ, 456. maddenin değişik bendleri müstakil maddelerdir. Kanun koyucu, kanun tekniği bakımından bir madde içinde değişik unsurları ihtiva eden suç şekli kabul edebilir. Bu gibi hallerde iade kabul edilmelidir. Askeri Yargılama Usulü Kanunumuzdaki ifade tarzı bir hususta hatalı da olsa umumî usul kanunumuza nisbetle müesseseyi daha yerinde bir ifade ile tesbit etmiştir. Bizce madde şu şekilde değiştirilebilir. «Kanunun aynı maddesinde yazılı unsurların sınırı içinde olmak üzere cezanın değiştirilmesi amacı ile yargılama yenilenemez». Böyle bir ifade ile hâkimin takdirine ve kanuni tahfif sebeplerine dayanılarak ve fakat madde içinde belirtilmemiş unsur dışında kalan sebeplerle iadenin kabul edilemeyeceği de gösterilmiş olur. Bu şekildeki ifade ve tesbitimizle İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği ve ceza tayinine taallük eden hususlara ait muhakemenin iadesinin kabul kararını fazla geniş bulmaktayız.

2 — CMUK. nun 332. maddesindeki tahdit :

Muhakemenin iadesi bakımından kanunumuz 332. maddede ikinci bir tahdidi hüküm sevketmektedir. Yukarıda 327 ve 330 uncu maddelerin 1 ve 2 numaralarının yeni delil veya vakıa olarak kabul edilmesi gerekeceğini gördükten sonra, bu görüşümüzün 332.

madde bakımından değerlendirilmesi üzerinde de durulması gerekir. Gerçekten, Fransız, İtalyan ve İsviçre kanton kanunlarının kabul ettikleri gibi, kanunumuzda muhakemenin iadesi cezayı müstelzim bir suçun vücuduna istinat ettiği takdirde iade talebi ancak o suçtan dolayı kat'ileşmiş bir hükmün bulunduğu veya delillerin yokluğundan başka sebepler yüzünden takibat ve tahkikatın icra ve devamı mümkün olmadığı takdirde kabul olunacaktır. Kanunumuzun bu hükmüne göre muhakemenin iadesi yeni vakıa ve delillerden başka sebebe dayanmakta ve iadeye esas olan sebep bir suç teşkil etmekte ise, bu hüküm içinde mesele mütalâa edilecektir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, muhakemenin iadesi şahit yalan beyanına veya vesikanın sahteliği sebebiyle talep edilmekte ise, bunlar yeni vakıa veya delil olarak kabul edilecektir. Ancak, bu yeni vakıa veya deliller sebebiyle muhakemenin iadesinin talep edilebilmesi için, 327. maddenin 5. bendindeki yeni delil veya vakıalara karşı, CMUK. nun 332. maddesi hükmü müdahale edecek ve bu tahdidi hüküm sebebiyle ilk önce mahkemece tesbit olunacaktır.

Bir şahit beyanının hakikat hilâfı olduğu veya vesikanın sahteliğinin tesbiti için mahkeme delil veya vakıayı tesbit edecek, bu şekilde de bahis konusu beyan veya vesikanın sahteliği anlaşılacaktır. Meseleyi bir misal ile belirtebiliriz :

Bir şahit duruşmada sanığı mevsuf hırsızlık ika ederken gördüğünü beyan ediyor. Sanık da mevsuf hırsızlıktan mahkûm ediliyor. Daha sonra şahit bahis konusu olan zamanda fiilin ika olunduğu yerde bulunmadığını bildirerek yalan beyanda bulunduğunu söylüyor. Bahis konusu mevsuf hırsızlığı şahit görmediği için, yeni vakıa sebebiyle muhakemenin iadesinin talep edilebilmesi için ilk önce şahidin yalan beyandan mahkûm olması aranacaktır; yani mahkeme şahidin fiilin ika olunduğu zamanda hâdise mahallinde bulunmadığını tesbit edecektir.

Tetkik ettiğimiz Avusturya, bazı İsviçre kanton kanunları ve İsviçre Federal CMUK bu şekilde bir tahdidi hükmü ihtiva etmemektedirler. Acaba hukukumuz bakımından 332. maddede tesbit edilen tahdidi hüküm muhafaza edilmeli midir? Kendi kendimize sordüğümüz bu sorunun cevabının verilebilmesi için, önce CMUK. nun 332. maddesinin mahiyetinin tesbiti gereklidir. (Bu maddenin geniş izahı için bakınız: Ayhan Önder, Ceza Muhakemeleri Usulü

Hukukunda Muhakemenin İadesi Bakımından Müşterek Sebepler, İHFM. XXXII, 1966).

CMUK. 332. maddesi, yalan şahitlik ve sahte vesika sebebiyle gidilebilecek muhakemenin iadesi durumu ile izah edilmez. Gerçekten şahit beyanlarının kasten veya taksirle yemin müessesesine muhalif olması ve bunun da ispatlanmış bulunması şartına bağlı olarak hükmün temellerinin dokunulmazlığı iddia edilemez. Şahit beyanlarının müşahhas hâdisede şekli bir ispat vasıtası olması, bunun yeminli veya yeminsiz olup olmaması, muhakemenin iadesinin sebebi olarak kanun koyucuyu etkilememiştir. Gerçekten kanunumuz her şeyin mahkemede delil olarak ve serbestçe değerlendirilebileceğini kabul ettiğine göre, şahit beyanları veya sahte vesikanın bu prensip dışında tutulması için haklı bir sebep yoktur ve kanun koyucu böyle bir ayırımı da düşünmüş olamaz, 332. maddenin gayesi, fiili ve hukuki iki durumu aksettiren iade sebeplerinde, muhakemenin iadesini, ikili durum arzeden sebeplerde, önce fail aleyhine suç teşkil eden fiilin ispat edilmiş olmasını daha sonra bu suç teşkil eden hareketin iade sebebinde mevcut hükme olan tesirinin araştırılmasını istemiştir. Ancak, muhakeme ekonomisi mülâhazası ile dahi, meydana gelen bu karmaşık durum ve muhakemenin iadesinin birinci meselenin halline bağlı olduğunu kabul, hukuki tatminden uzaktır. Bilindiği gibi, muhakemenin iadesi, hükme esas teşkil eden sebeplerin değişik olduğu başka bir ifade ile temeldeki fiili durumu değiştirme gayesine müteveccihdir. Objektif olarak şahidin yalan beyanda bulunduğu veya ihticaç olunan vesikanın sahte olduğu iddia olunursa, hükmün temelinde olan fiili durumun değiştiğini kabul etmek gerekir. İlk muhakemede şahidin yalan beyanda bulunduğu veya ihticaç olunan vesikanın sahteliği açıkça görülmekte ise bunlar yeni vakıa veya delil niteliğindedir ve muhakemenin iadesi yeni vakıa veya deliller sebebiyle mümkün olabilmeli, yalan beyan veya sahte vesika hakkında iadede önce yalan veya sahteliği tesbite mütedair mahkemeden bir hüküm verilmesine lüzum olmamalıdır.

Ancak, 327 ve 330. maddelerin 3 numaralı bendinde belirtilen iade sebebinde 432. maddenin tahdidi hükmü, bu hüküm yeni vakıa veya delil olmaması sebebiyle, eskiden olduğu gibi, şimdide geçerliğini muhafaza etmelidir. Gerçekten, 327 ve 330. maddelerin 3 numaralı bendi yeni vakıa veya delil olarak kabul edilemez. Bura-

daki iade sebebi objektif olarak tesbit edilebilen ve hükmün temelinde yatan fiilî bir sebep olmayıp, ilk muhakemede hâkimin vazifesinin suiistimali olup hükmün temelindeki fiilî durumdan ve fiilî unsurlardan farklıdır. Hâkim vazifesini suiistimal etmiş olabilir. Bunun gerçekte böyle olup olmadığı ancak yapılacak bir muhakemede tesbit edilebilir. Bu itibarla da muhakemenin iadesi bu halde hâkimin vazifesini suiistimal ettiğinin açıklığa kavuşturulması ve bu tesbitin de kesin hüküm ile saptanması gerekecektir.

Netice olarak şunu belirtmek isteriz. CMUK muzun 327 ve 330. maddelerinin 1 ve 2. bendlerinde tesbit edilmiş bulunan sebeple, yeni vakıa veya delil mahiyetinde olup, doğrudan doğruya veya dolayısıyla hükmün bina edildiği maddî tesbitlere taallük etmektedir. Bu itibarla bu haller hem yeni vakıa veya delildir hem de 332. maddenin sevkettiği tahdidi hükmün dışında kalmalıdır. 327 ci maddenin 4 numaralı bendi ise, 332. madde ile esasen alâkalı değildir. Ancak, 327 ve 330. maddelerin 3. bendinde belirtilmiş bulunan sebep mevcudiyetini muhafaza etmeli ve 332. maddedeki tahdidi hükme tâbi olmalıdır.

§ VIII — MUHAKEMENİN İADESİ USULÜ :

I — İade talebinde selâhiyetli mahkeme :

Muhakemenin iadesi talebinin ve bu talep karşısında hangi merciin karar vermesi gerekeceği, gerek doktrin ve gerekse mukayeseli hukukta değişik şekillerde halledilmiş ve her sistemin leh ve aleyhinde çok şeyler söylenmiştir. (Bu hususta etraflı bilgi için bakınız, Ayhan Önder, Muhakemenin iadesi talebinde bulunacak mahkeme, İHFM. XXXI, Sayı 1-4, sahife 402 ve müt.), sistemleri şöylece özetleyebiliriz :

- 1 — İade talebi savcılığa yapılır. (1954 Macar kanunu).
- 2 — İade talebi Yüksek Mahkemeye yapılır. (1913 İtalyan, 1897 Bulgar kanunu, Fransız kanunu, yeni İtalyan kanunu, bazı İsviçre kanton kanunları),
- 3 — İade talebi hükmü veren mahkemeye yapılır. (Avusturya, bazı İsviçre kanton kanunları, mehz Alman kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz).

Askerî yargılama Usulü Kanunumuz 235. maddesinde muhakemenin iadesi talebinin Askerî Yargıtay'a yapılacağını kabul ettiği halde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz 335. maddesinde muhakemenin iadesi talebinin hükmüne itiraz olunan mahkeme yapılacağını tesbit etmiştir. Görülüyor ki kara Avrupasında Fransız ve Romanist memleket kanunları talebin, hükmü veren mahkemeden başka ve yüksek dereceli mahkemeye yapılmasını kabul ettiği halde, Cermen hukuku sistemi ve bunun tesiri altında kalan hukukta talep, hükmü veren mahkemeye yapılmaktadır. Bu durumda hangi sistemi benimseyelim? İki sistemin leh ve aleyhinde söylenenleri kısaca şöylece özetleyebiliriz:

1 — Talebin hükmü veren mahkemeye yapılması lehindeki görüşler :

a) Hükmüne muhakemenin iadesi talep olunan mahkeme hükmünü tesis ederken dava malzemesine en fazla vakıf olan mahkemedir.

b) Bu mahkeme meseleyi çabuk intaç eder.

c) Mevaz kanunun esbabı mucibesi de sistem lehinde şu hususu kabul etmiştir. Muhakemenin iadesinin manası, mahkemenin yanlış bir hüküm verdiği veya ikame edilen delillerin unutulmuş bulunduğu şeklinde kabul etmemek gerekir. Fakat yeni vakıa veya deliller muvacehesinde ve bunlar bilinmiş olsa idi, mahkemenin ilk hükmü, muhakemenin iadesinin kabulünden sonra tesis edeceği hüküm şeklinde olacağı kabul edilmelidir.

2 — Sistemin aleyhindeki fikirler :

a) Hâkimler de hata yapabilirler. Yapılan hatanın kolay kolay kabul edilmesi insan şahsiyetine ve psikolojisine aykırıdır. Esasen hükmü veren hâkim dâva ile ilgili bütün delilleri toplamış ve maddî hakikate ulaşmış olduğu kanısındadır ve bu itibarla, muhakemenin iadesi talebini kabule mütemayıl değildir.

b) Bir hükme taarruz edildiğinde, hükmüne taarruz olunan hâkim o işin tekrar tetkikinde bulunamamış bir usul kaidesidir. Bir hâkim verdiği hükmün tetkikinde hâkim olamaz.

c) Muhakemenin iadesinin hükmü veren mahkemeye yapılmasını müdafaa edenler, bu mahkemenin dâva dosyasını ve delilleri en iyi bir şekilde bildiğini iddia ederlerken, «mahkeme» ile «hâkimi» birbirine karıştırırlar. Aradan seneler geçtikten sonra aynı hâkimin aynı mahkemede bulunduğu nasıl iddia edilebilir.

d) Hükmü veren hâkimin seneler evvel elinden geçen bir davanın teferruatını hatırlayıp çabucak hükmünü tesis edebileceği hayaldir.

Yukarıda belirttiğimiz fikirler ve sistemler muvacehesinde kanunumuzun sisteminin muhafaza edilmesi gerektiği kanısındayız. 1965 senesinde Almanya'da CMUK. da yapılan tadilatın da kanunumuzca benimsenmesine taraftar değiliz. Gerçekten orada kanunun 23. maddesine (TCMUK. 22. maddesi) ilâve edilen bir hüküm ile, muhakemenin iadesi aynı mahkemeye yapılacak fakat tetkikat hükmü vermiş olan hâkim tarafından yapılamıyacaktır. Memleketimizin hususiyetleri nazara alınırsa bir teşkilât meselesi olan bu hal tarzının tatbiki imkânsız olduğu gibi, Almanya'da da hüküm aynı mahkeme hâkimlerinin birbirlerini tutacakları ve iadeyi muhakemeyi kabul etmemek hususunda bir ön fikir sahibi olacakları belirtilmektedir ve bu yeni hüküm de tenkit edilmektedir.

Bizce kanunumuzun sistemi muhafaza edilmelidir. Ancak, Avusturya hukukunun hükümlerinden de istifade edilmelidir. Sistemimizde, muhakemenin iadesi talebi hükmü veren mahkemeye yapılır. Talebin reddi halinde acele itiraz kanun yoluna gidilebilir. İtiraz merciinin kararı kaldırması halinde dosya, hükmü veren mahkemeye gelir, muhakemenin iadesi usulüne devam edilir. Avusturya'da ise itiraz üzerine iade talebinin reddi kararının kaldırılmasından sonra itiraz mercii işi aynı mahkemeye göndermek mecburiyetinde bulunmamakta, başka bir mahkemede dâvaya devam edilmesine karar verip o mahkemeye dosyayı sevk edebilmektedir. Avusturya'da bu yola gidiş sebebi, red kararı ile hâkimin bitaraflığını şüpheyeye düşürecek sebeplerin mevcudiyet belirtilerinin tesbitidir. Kanunumuz bakımından böyle bir hükmün kabulü usul kanunumuzun sistemine de uygundur. Gerçekten Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322. maddesine göre temyiz mahkemesi hükmü bozduktan sonra dava dosyasını yeniden tetkik edilmek üzere hükmü bozulan mahkemeye veya o derecede diğer civar bir mahkemeye gönderebilmektedir.

Bizce buna benzer bir hüküm acele itiraz üzerine muhakemenin iadesi talebini reddeden mahkemenin itiraz olunan kararını kaldıran itiraz merciine de tanınmalıdır.

II — Muhakemenin iadesinin safhaları :

Kanunumuz muhakemenin iadesinde ikili bir tefrik yaparak iade usulünün inkişafını düzenlemiştir.

1 — Normal usul

Bu usul safhası üç kısım içinde gerçekleşir. İade talebi yapıldıktan sonra;

a) 336. Maddeye göre talebin kanunda muayyen şekilde dermeyan edilmiş veya muhakemenin iadesini icap ettirecek kanunî sebeplerin gösterilmiş yahut bunu teyit edecek sübut delillerinin tetkiki safhası,

b) 338. Maddeye göre muhakemenin iadesinde serdolan iddiaların sıhhatinin tetkiki ve hükme olabilecek tesirini tayin safhası,

c) Nihayet bu iki safha geçildikten sonra normal duruşma safhası.

Hukukumuzda yukarıda belirtilen iki safhanın birbiri içinde birleştirilmesi ve bu iki safhayı bir safha olarak kabule müteveccih bir cereyan vardır ve müellifler bu safhayı «duruşmasız inceleme safhası» şeklinde belirtirler. Duruşmasız inceleme safhası dersek, bu safhada ilk tahkikat hükümlerinin aynen uygulanması gibi bir netice meydana gelebilecektir. Halbuki kanun koyucunun bu safhada ilk tahkikat hükümlerinin aynen tatbik edilebileceğini istediği ileri sürülemez. Meselâ 143. maddeye göre müdafinin dosyayı mahdut tetkik selâhiyeti burada uygulanamaz. 185. Maddeye göre maznunun sorgusunun da yapılması şart değildir. Kanaatimizce kanunumuzun normal iadesinin üç kademedede gerçekleştirmesi yerindedir. Esasen 1973 tarihli olan ve 340. maddeye verilen yeni şekil ile kanunkoyucu, kanunumuzdaki bu üç safhayı daha da belirgin hale getirmiştir. Ancak, yazılı, gizli olan bu iki safhanın taraf aleniliği içinde cereyan etmesini temenni etmekteyiz. Genel alenilik dışında taraf aleniliği muhakemenin iadesinde hâkimi aydınlatabilme bakımından çok faydalı olabilecektir. Lâyhada belirtilen her-

hangi bir hususun şifahen mahkemeye arz edilmesi ve münakaşasının yapılması, hâkimin kanaatine çok değişik bir istikamet verebilecek, böylece muhakemenin iadesi usulü hâkikate ulaşabilecek şekilde çabukluk içinde intağ edilecektir.

2 — Kısa usul :

Kanunumuz 339. maddede iki halde «kısa usulü», «istisnaî usulü» veya «basitleştirilmiş usulü» kabul etmiştir.

a) Mahkûmun vefat etmiş olması :

339. Maddeye göre mahkûmun lehine iade yalnız beraate müteveccih olabilecek, daha hafif bir cezanın verilmesini gaye edinen iade talepleri reddedilecektir. Kanaatimizce bu hükmün genişletilmesi yerinde olur. Yalnız beraati değil, daha az bir ceza verilmesi gayesi ile de ölü mahkûm lehine iadei muhakeme talep olunabilmelidir. Yabancı hukukta Avusturya Usul Kanunu 353. maddesinin 2. fıkrasında bu hali tesbit etmiştir ve hukukumuz bakımından da tavsiye olunabilir.

b) Sair hallerde dahi mahkeme bu hususta delil varsa yine duruşma yapmaksızın mahkûmun derhal beraatine karar verebilecektir :

339. Maddenin 2. fıkrasındaki bu hüküm tenkit edilmekle beraber, bizce muhafazası yerinde olacaktır. Aleyhe ileri sürülen ve mahkûmun alenî duruşmalarda haklılığını açıkça ortaya koyabilme imkânından mahrum bırakıldığı hususundaki tenkitler yerinde değildir. Hükmün haksızlığı mevcut deliller ile açıkça belli ise, haksızlık derhal tamir edilmeli ve beraat hükmü tesis edilebilmelidir. Belirtelim ki, ölü mahkûm hakkında kısa usul mecburî olduğu halde, 339. maddenin 2. fıkrasındaki durumda ihtiyarîdir. Mahkeme hükmü hatalı görmekte ise duruşmaya gitme mecburiyetinde bırakılmamalıdır. Gerçekten bu halde iadei itibar alenî duruşma olmasa dahi, 339. maddenin son fıkrasında gösterilen gazetelerle evvelki hükmün iptalinin ilân edilebilmesi aynı neticeyi tevlide müsaittir.

III — Muhakemenin iadesi talebinin kabulünün tesiri :

Kanaatimizce ilk hüküm hukukî varlığını kaybetmiş olmakta-

dır. Esasen hukuki varlığı mevcut bir hüküm varken yeniden duruşma yapılabilmesinin mümkün olmadığı kanısındayız. Problem bu açıdan mütalâa edilince kanunumuzun 341. maddesinin yeniden düzenlenmesi gerekir ve şu haller bahis konusu olabilir :

a) Yapılan yeni duruşmada mahkeme evvelki hükümdeki neticeye varabilir. Ancak, evvelki neticeye varmış olan mahkeme bu hükmü tasdik edemez. Bizce hukuki varlığını kaybetmiştir ve yeniden yapılan duruşmada yeni vakıa veya deliller ileri sürüldüğüne göre, bütün bunlar gözönünde bulundurulacak ve yeniden bir hüküm tesis edilecektir. Maddî delillerin münakaşa edildiği ve temyiz kanun yoluna da gidilebilecek olan bir hükmün, evvelkinin *tasdiki* şeklinde olabilmesini kabul edemiyoruz. Gerçekten bunun aksi halinin kabulü non bis in idem kaidesini de ihlâl eder. Kanunumuzun bu yerinde olmayan ifade tarzı mehzaz kanuna ilk tasarıdan itibaren girmiş, gerek doktrin gerekse tatbikatça tenkit edilmiştir. Hukukî varlığını kaybeden eski hüküm ile yeni hüküm arasında yegâne bağ ceza tâyini meselesinde olup, yeni hüküm eski hükümden fazla cezayı ihtiva edemiyecektir.

b) Yeniden duruşma yapılmasına karar verilince, kanaatımıza göre ilk hüküm hukuki varlığını kaybettiği için, artık bunun iptali de bahis konusu edilememelidir.

IV — Yeniden yapılan duruşma ve hüküm :

Muhakemenin iadesi talebi kabul edilip yeniden duruşma yapılmasına karar verilince bu yeni muhakemenin herhangi bir hususiyet taşıyıp taşımayacağı üzerinde de durulmalıdır. Bilindiği gibi, şimdiki sistemimizde duruşma umumi hükümlere göre yapılmaktadır. Ancak, mukayeseli hukukta değişik sistemler vardır. İtalyan hukukunda yeni muhakemenin gayesi taarruz olunan hükmün hatalı olup olmadığının araştırılmasıdır. Yani, mahkûmun ilk hükümdede haksız yere mahkûm olduğu araştırılacaktır. Böylece beyyine külfeti değişmekte, mahkûm olan yeni muhakemede suçsuzluğunu ispat etmek durumunda bırakılmaktadır.

İtalyan hukuku tenkide müsaittir. Gerçekten bu sistem muhakeme hukukumuzdaki prensiplerle bağdaşamaz. Suçlunun suçluluğu ispat edilmelidir. Aksi halde «*In dubio pro reo*» kaidesinin tahrip edildiğinin üzerinde fazla durmaya lüzum yoktur. Mahkûm suçsuzluğunu ispat edemez veya aleyhe olan delillerin tümünü ber-

taraf edemez ise, mahkeme eski mahkûmiyet hükmünde ısrar edecek, şüphe halinde eski mahkûmiyet hükmü tasdik olunacaktır. Görülüyor ki, eski mahkûmiyet hükmü, mahkûmun yakasını bırakmıyor, bundan kurtuluş mahkûm için imkânsız denilecek derecede zor oluyor. Yeniden yapılan duruşmada failin suçluluğu üzerine ciddi şüphe düşse dahi, bu hukukta beraet hükmü verilememekte, böylece «in dubio pro reo» kaidesi yerine «in dubio contra reum» kaidesi uygulanmaktadır.

Buna karşı Fransız, Avusturya, İsviçre, Mevaz Alman kanunu kanunumuz sistemi gibidir ve İtalyan sistemine tercih edilerek, eski sistemimizin muhafazası yerinde olacaktır. Belirttiğimiz memleket kanunlarında ve kanunumuzda muhakemenin iadesi kabul edildikten sonra yapılan muhakeme eskisine nispetle tamamen yeni ve müstakildir. Mahkeme eski hükmü ile bağlı değildir ve yalnız umumî usul prensipleri geçerlidir. Sistemimizde, muhakemenin iadesi kabul edilince mahkeme ilk hükmün doğru veya yanlış olduğunu incelemeyiz. Aksine yeni durum muvacehesinde delil binasını yeniden inşa eden ve hükmünü buna göre tesis eder. Ancak belirtelim ki, bu durumda belki bazı delillerin duruşmada tekrar telâkkisi mümkün olamaması nedeniyle mahkûmun beraatine hüküm verilebilir. Fakat bu «in dubi contro reum» kaidesinin benimsenmesinden çok daha tahammülü mümkün bir neticedir.

V — Muhakemenin iadesinde kanun yolları :

1 — Muhakemenin iadesi usulü içinde kanun yollarının da tanzim edilmesi gereklidir ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz bunu 340. maddesinde düzenlemiştir. Yukarıda muhakemenin iadesi usulünün üç safhada inkişaf edeceğini kabul ettiğimiz için bu üç safhaya ait kanun yolunun da düzenlenmiş olması gerekirdi. Ancak, 340. maddemiz son 5/3/1973 tadilinden önce «muhakemenin iadesi talebinin kabule şayan olup olmadığına müteallik kararlar aleyhine acele itiraz yoluna müracaat edilebilir» hükmünü koymuştu. Bu hüküm, lafzından da anlaşılacağı gibi, yalnız 336. maddeye göre verilen ve iadei muhakemenin ilk safhasına taallük eden kısmı kapsamına alır şekildeydi. Mevaz kanunun karşılık 372. maddesi ise İstanbul Komisyonu tarafından hatalı bir şekilde tercüme edildiği için, itiraz kanun yolunun yalnız 336. madde bakımından tatbik edilebileceği gibi bir netice çıkarılmış, 338. madde sebebiyle

yani muhakemenin iadesi talebinin esassız olması halinde 340. maddenin tatbik edilemeyeceği düşünülmüş, meselenin halinde başka kanun yolları aranmıştı. Bunlar adi itiraz ve temyiz kanun yollarıydı. Biz 1966 senesinde bahis konusu kanun yolunun iadenin her iki safhasında acele itiraz kanun yolu olduğunu, adi itiraz veya temyiz yolunun, iadenin bu safhasında verilecek kararlar bakımından bir kanun yolu olamayacağını usul kanunumuz prensipleri muvacehesinde belirtmiştik. (Ayhan Önder, Muhakemenin İadesi, CMUK. nun 336, 338 ve 340. maddeleri, İHFM. XXXII, Sayı 1, 1966). Şimdi görüyoruz ki 340. maddedeki hata düzeltilmiş ve «336 ve 338 inci maddeler gereğince verilen kararlara karşı acele itiraz yoluna gidilebilir» hükmü sevk edilmiştir. Böylece mehzadan tercüme sırasında yapılan hata da bertaraf edilmiş olmaktadır. Gerçekten mehzad madde «iadei muhakeme talebi sebebiyle ilk derece mahkemesinden verilen bütün kararlara karşı acele itiraz kanun yolu ile taarruz edilebilir» şeklindedir. Bu itibarla son tadili yerinde telâkki etmekteyiz.

2 — Kanun yolu bakımından üzerinde durulması gereken diğer husus, 339. maddenin şartlarının mevcudiyeti halinde duruşma yapılmadan hüküm verildiği veya muhakemenin iadesinin kabulünden ve yeniden duruşma neticesinde 341. maddeye göre verilen hükme karşı hangi kanun yoluna gidilmesi meselesidir. Kanunumuz iade usulünün bu son safhasının 339. maddeye göre «karar» ile 341. maddeye göre ise «hüküm» ile nihayetleneceğini tesbit etmektedir. Muhakemenin iadesi talebi kabul edilip duruşma yapıldıktan sonra verilecek hükme karşı kanun yolunun temyiz olduğu üzerinde durmaya lüzum yoktur. Bu hal yeni hükmün eski hükmün aynı olması veya değişik bulunması bakımından bir farklılık yaratmaz. Ancak; 339. maddeye göre yani mahkûmun vefatı halinde duruşma yapılmadan veya sair hallerde mahkûmun beraatini gerektiren deliller varsa mahkeme yine duruşma yapmadan beraat «kararı» verecektir. Görülüyor ki, 339. maddedeki bu iki halde iade safhası «karar» ile kapanmaktadır. Kanunumuz «karar» dediğine göre, buna karşı kanun yolu ne olmalıdır. Bu nususla önem vermiş olan müellifler değişik fikirler ileri sürmüşlerdir. (Tefferruat için bakınız, Ayhan Önder, Muhakemenin İadesi, CMUK. nun 341 inci maddesi, İHFM XXXII, 1966). Bazılarınca duruşma yapılmadan verilen karar «karardır». Bu itibarla kanun yolu acele itirazdır. Diğer fikre göre 339. maddede «karar» verileceği yazılı ise de, bu ka-

rar «hüküm»dür ve kanun yolu temyizdir. Başka şekilde düşünenler bir tefrik yaparlar. Şayet mahkeme verdiği yeni karar ile eski hükmü kaldırmış ise, bu takdirde verilen karar değil «hüküm»dür ve gidilecek kanun yolu temyizdir. Zira maddi meseleleri tesbit etmiş bulunan bir hükmün, karar ile kalkması CMUK sistemine muhaliftir. Ancak, mahkemenin verdiği karar red mahiyetinde ise, bu takdirde verilen karar «karar»dır ve kanun yolu acele itirazdır. Mehzaz kanunu tatbik eden Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, 339. maddenin şekline değil, mahiyetine önem vermiş, 339. maddeye göre verilen kararın «hüküm» olduğunu belirtmişti (RG. 28/146, 47/166). Ancak, Alman Federal Mahkemesi bu içtihadı değiştirmiş, 339. madde verilen kararın mahiyeti itibariyle hüküm olsa dahi «karar» olduğunu içtihat etmiş (BGH St. 5. CD. 20/12/1955 tarihli karar, tam metin için bakınız Juristenzeitung, 1956) gerekçe olarak bir kararın hüküm olabilmesi için, duruşma neticesi verilmiş ve alenen tefhim edilmiş olması şartını aramıştır. Fiilen bu durum gerçekleşme dahi gerçekleşebilme şartının da kâfi olduğunu göstermişti. Bugün Alman doktrini Federal Mahkemenin içtihadına uygun şekilde meseleyi mütalâa etmektedir. Yargıtayımız (4. CD. 10/2/1957, 1409-1415) bir kararında, duruşma yapılarak iadei muhakeme talebinin reddine dair kararların kabili itiraz olmayıp, kabili temyiz olduğunu kabul ederken, meseleyi zimnen halletmiştir.

Kanaatimizce meselenin esasından hareket etmek gerekir. Meselenin maddi delillerini tetkik eden bir usulde verilen «karar», «hüküm» mahiyetindedir ve kanunumuzun 339. maddesinde yer alan «karar» kelimelerinin değiştirilmesi hem gayeye uygun olacak, hem de tatbikat ve doktrindeki ihtilâfı halledecektir.

VI — Muhakemenin iadesi ve Reformatio In Peius kaidesi :

Kanunumuzun 341. maddesinin 2. fıkrası, muhakemenin iadesi talebi yalnız mahkûm tarafından olur yahut mahkûmun lehine olarak C. Müddeiumumi veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından yapılırsa, yeniden verilecek hüküm evvelki hüküm ile tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı ihtiva edemez, şeklindeki hükmünü koyarak, 326. maddede olduğu gibi, muhakemenin iadesinde de aleyhe düzeltme yasağını kabul etmiştir.

Mukayeseli hukukta bazı kanunlar yeniden verilecek hükmün

aleyhe düzeltme yasağı içinde mütalâa edilip edilmeyeceğine dair hüküm sevketmeseler dahi, bu memleketler tatbikatında mahkemeler kendilerini bu kaideye bağlı hissetmişlerdir. Fransız, İsviçre, Macaristan hukukunda kaide sarahatle belirtilmiştir. Avusturya hukukunda da kaide kabul edilmiş (Md. 359/4), hatta *aleyhe* muhakemenin iadesinde, yeniden yapılan duruşmada fiil aynı kalmış ise, bu halde de kaide uygulanacaktır. Hukukumuzda aleyhe düzeltme yasağına karşı bir cereyan varsa da mevcut hükmün yerinde olduğunu zannediyoruz.

VII — Kanunumuzun 342. ci maddesi :

Son tadile göre Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 342 inci maddesine göre, «muhakemenin iadesi talebinde bulunan mahkûm haksız çıkar ve talebi suiniyet müstenit bulunursa 250 liradan 2000 liraya kadar ağır para cezası hükmolunur».

Kanunumuzun bu hükmü mehzaz kanunda yoktur. Kanunumuza, mehzaz kanunu tercüme eden İstanbul komisyonunda yapılan müzakereler sırasında girmiştir. (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun hazırlık çalışmaları, İstanbul 1953/306-307) Komisyonun «iadei muhakeme talebinde haksız çıkan mahkûm taraf hakkında beş liradan 100 liraya kadar cezayı nakdi hükmolunur» şeklinde tesbit etmiş olduğu metin daha sonra 1412 sayılı kanunda «muhakemenin iadesi talebinde bulunan mahkûm haksız çıkar ve talebi suiniyet müstenit bulunursa beş liradan 100 liraya kadar para cezası hükmolunur» şekline çevrilmişti. 3006 sayılı kanun para cezasını şiddetlendirdiği gibi, cinsini de ağır para cezası yaptı. Kanunumuza ithal olunan bu hükmün isabet derecesi çok şüphelidir. Madde hakkında verilen esbabı mucibe de tatminkâr değildir. Maddenin tatbik kabiliyetinin olabildiği de zannetmiyoruz. Esasen, üç safha arzeden iadei muhakemede, madde ilk safhada kabili tatbik değildir. Buna maddenin ifade tarzı manidir. (Adliye Vekâleti de aynı kanaattedir Ce. İş. 9.4.1956 10327). «Haksız çıkar» şeklinde kaleme alınmış bulunan madde iadei muhakemenin kabulü ve yeniden yapılacak duruşma neticesinde veya duruşma yapılmıyan hallerde, verilecek hüküm (md. 341) veya karar (md. 339/1, 2) ın tesis edildiği zaman bahis konusu olabilecektir. Kanaatimizce, iadei muhakeme usulünün bu safhasına gelindikten sonra, 342 ci maddenin tatbik kabiliyeti olmamalıdır. Bu sebeple, maddenin kanunumuzdan çıkarılması

daha isabetli olacaktır. Sevk sebebi olarak gösterilen muhakemenin iadesi talebinin bir kanun yolu olmadığı, böyle bir hüküm vazedilmediği takdirde taleplerin kesretle vuku bulacağı hususu da tatmin edici değildir. Muhakemenin iadesini talep eden kimse, neticede haksız çıkarsa 250 liradan 2000 liraya kadar vereceği ağır para cezasını düşünmeyecek ve yapmak istediği talepten bu madde kendisini alıkoyamayacaktır. Maddede mevcut ağır para cezasının hapse tahvil edilemeyeceği ve misil artırmasına da tâbi tutulamayacağı (2. CD. 6.1.1960 15780/18950) da gözönünde bulundurulursa, maddenin fuzulî olduğu anlaşılır. Son tadil para cezasını artırmıştır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, biz maddenin kaldırılması fikrinde olduğumuz için, yapılan tadil ile herhangi bir netice elde edilebileceğine kani değiliz.

VIII — Kanunumuzda bulunmayan iade sebeplerinin değeri :

Tetkik fırsatını bulduğumuz kanunlarda, kanunumuzca kabul edilmemiş olan bazı sebeplerle de muhakemenin iadesi mümkündür. Bunlardan bazılarını belirtip hukukumuz bakımından olabilecek değerlerine temas etmek istiyoruz.

1 — Birbiri ile bağdaşmayan ceza hükümleri :

Fransız kanunu 622/2, İtalyan kanunu 554/1 ve Avusturya kanunu 353/3, Macaristan kanunu 270/3 maddesinde İsviçre kantonlarından Aargau, Basel-Land, Bern, Freiburg, Genf, Schaffbransen, Solothurn, Tessin, Thuigau ve Zurich kanton kanunları, kesin hüküm halini alan hükümden sonra tesis edilen ve kesin hüküm ile tenakuz halinde bulunan hükmün mevcudiyetini, ilk hüküm için muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul etmişlerdir. Beyan edelim ki, bu hal iade sebebi olarak kabul eden kanunlar da, değişik şekilde müesseseyi tanzim etmişlerdir. Meselâ, Fransız ve Avusturya hukukunda tenakuz halinde olan hükümler mahkûmiyete mutedair olmaları gerektiği halde, İtalyan hukukunda taarruz edilen hüküm ile tenakuz halinde olan hükmün beraat olması da mümkündür. Bundan baska, İtalyan hukukunda, Avusturya ve Fransız hukukunun aksine olarak, iki hükmün mevzuunun aynı olması şartı da aranmadığı gibi, tenakuz halinde bulunan hükümlerin maznunları da değişik olabilirler. Mehaz kanun gibi hukukumuzda da bu hal iade sebepleri arasında gösterilmemiştir. Kanaatimizce

kanunumuzun bu şekildeki tanzimi bir eksiklik olarak kabul edilemez. Çünkü İtalyan kanununun 554 inci maddesinin 1 numarasına göre, bu sebeple iadenin talep edilebilmesi için, her iki hükümde tesbit ediler: fiili vakıaların birbiri ile tenakuz halinde olması gerekir. Bu hal ise yeni bir muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul edilemez; çünkü bahis konusu hal hukukumuzda göre «nova»dır, yani yeni vakıa veya deliller ve ayrıca iade sebebi olarak kabul olunmamalıdır. Ancak, bazı müellifler bu halı mehzaz kanun için yeni bir iade sebebi olarak kabule taraftar iseler de, mehzaz tatbikatta mesele üç şekilde halledilmektedir. Birinci yol aştır, diğer yol CMUK. muzun 402. maddesi sebebiyle ikinci hükmün infaz edilip edilememesi bakımından mahkemeden karar alınmasıdır. Nihayet yeni vakıa veya delil sebebiyle muhakemenin iadesi şeklidir. Biz yukarıda belirttiğimiz gibi, yeni vakıa veya delil sebebiyle muhakemenin iadesine taraftarız.

2 — Mağdurun hayatta olması :

Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 622 inci maddesinin 1 numarasına göre, adam öldürme suçundan mahkûm olan şahıs, öldüğü zannedilen kimsenin yaşadığının anlaşılması üzerine muhakemenin iadesini talep edebilecektir. Bu sebep, hukukumuzda nisbetle farklı hükümler kabul etmiş olan diğer kanunlarca da kabul edilmemiştir. Meselâ, bu sebep İtalyan ve Avusturya hukukunda da bilinmez. Kanaatimizce, hukukumuzda bu halin bir iade sebebi olarak kabul edilmemiş olması eksiklik değildir; çünkü, öldüğü zannedilen şahsın hayatta bulunması yeni vakıa veya delil olarak hukukumuzda göre esasen bir iade sebebidir. Beyan ettiğimiz gibi, bu sebep Fransız hukukuna münhasırdır. Sebebinin de muhakemenin iadesinin Fransız hukukundaki inkişafıdır. Fransız kanun vaznı muhakemenin iadesini ilk önceleri bir müessese olarak tanzim etmemiş, münferit halleri tesbit ederek, müesseseyi düzenlemiştir.

NETİCE :

Yukarıdan beri, memleketimiz gerçekleri, mehzaz kanundaki tadiller ve tadil tasarıları ve mukayeseli hukukta müessesenin tanzim tarzı gözönünde bulundurularak vardığımız neticelerin önemlilerini şöylece tesbit edebiliriz :

1 — Kesinleşmiş hüküm mefhumu içinde Sulh Ceza Hâkiminin ceza kararnamesi de kabul edilmeli ve muhakemenin iadesi huku-
kî çaresine konu olabileceği, ceza kararnamesi faslına ithal edile-
cek uygun hükümle gerçekleştirilmelidir.

2 — Muhakemenin iadesinin lehe ve aleyhe mümkün olabilece-
ğini kabul eden kanunumuzun sistemi, maddî hakikatin ve adaletin
tecellisi için, şimdiye kadar olduğu gibi, bundan sonra da muhafaza
edilmelidir.

3 — Lehe muhakemenin iadesinin kasuistik sistemden çıkarılma-
sı yerinde olacaktır. Bunun için aynı neticeyi gerçekleştirmeyi te-
min edecek olan 327. maddenin 1 ve 2 ve 4 numaralı bendleri kal-
dırılmalıdır. Ancak, 327. maddenin 3. numaralı bendi, teklif ettiği-
miz şekilde tadil edilerek muhafaza edilmelidir. Bu itibarla 332.
maddemizin de muhafazası gerekir.

4 — 331. Maddemizin genişletici bir biçimde yeniden düzenlen-
mesi gerektiğine kaniyiz.

5 — 328. Madde hükmü yerindedir. Ancak, iadenin 2. safhasın-
dan sonra duruşma icrasına karar verilince, cezanın infazının dur-
durulacağı açıkça belirtilmelidir.

6 — Muhakemenin iadesi talebinde bulunabilecek şahısların
İtalyan hukukunda olduğu gibi genişletilmesi arzusundayız. Bu se-
beple 329. maddenin tadiline taraftarız.

7 — 327. Maddenin 5 numaralı bendinin 2. fıkrasının kaldırıl-
ması fikrindeyiz.

8 — 339. Maddede yer alan «karar» kelimelerinin «hüküm» ola-
rak değiştirilmesi uygun olacaktır.

9 — Ölü mahkûm lehine yalnız beraat için değil, daha az bir
cezayı gaye edinen iade taleplerinde de gidilmesi taraftarıyız. An-
cak; bunun tahdidi bazı şartları da ihtiva edebileceği kanaatinde-
yiz.

10 — Aleyhe muhakemenin iadesinin yeni vakıa veya deliller
ile kabul edilmesine, ancak bazı tahdidi hükümlerin de sevk olun-
masına taraftarız.

11 — 341. Maddemizdeki «tasdik» veya «iptal» kelimelerinin,
belirttiğimiz formül kabul edilince kaldırılması gerektiğine kaniyiz.

12 — 342. Maddenin pratik faydası olmadığını zannediyoruz.

13 — İade talebinde bulunulacak mahkeme bakımından sisteminin muhafazası, fakat Avusturya hukukunun da gözönünde bulundurulması fikrindeyiz.

14 — İadenin birinci ve ikinci safhalarında taraf aleniliğinin gerçekleştirilmesi gerekeceğine inanıyoruz.

Literatür

Tebliğin hazırlanmasında yararlandığımız önemli kaynaklar aşağıda belirtilmiştir.

- | | |
|---------------------|--|
| ANDERS. | Rechtsmittel der Revision im Bundesstrafprozess, Diss Bern, Solothurn 1935 |
| BELING. | Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1928 |
| BIRKMEYER. | Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1896 |
| EREM. | Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1964 |
| FISCHER. | Voraussetzungen und Beschraenkungen der strafprozessualen Wiereraufnahme, Diss. Erlangen Kallmunz 1934 |
| GERLAND. | Der detsche Strafprozess, Berlin 1927 |
| HENTIG. | Wieraufnahmerecht, Heideiberg 1930 |
| KUNTER. | Ceza Muhakemesi Hukuku, I, II, III ve IV. basılar |
| KANTAR. | Ceza Muhakemeleri Usulü. Ankara 1957 |
| KOHLRAUSCH. | Strafprozessordnung, 24. bası Berlin 1936 |
| KRIES, von. | Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Berlin 1892 |
| LOWE-RO
SENBERG. | Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 19 ve 20. basılar, 1934-1958 |

- MAYER. Über die Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozess. Geltendes und künftiges Recht, Diss. Tübingen, Breslau 1931
- NEUMANN. System der strafprozessualen Wiereraufnahme, Berlin 1932
- ÖZGEN, E. Muhakemenin Yenilenmesi, Doçentlik Tezi
- PETERS. Strafprozess, Karlsruhe 1952
- SCHMIDT. Handkommentar zur Strafprozessordnung, Göttingen 1957
- SCHWARZ. Strafprozessordnung, 16. bası Berlin 1953
- STÜCKLE. Die Wiederaufnahme im Strafverfahren, Diss. Tübingen Ulm 1929
- TLAPEKSERİNİ. Strafprozessordnung, Wien 1960
- WALTER. Die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten, Diss. Erlangen 1929