

CEZA MUHAKEMLERİ USULÜ KANUNUMUZUN 22 nci MADDESİNE GÖRE HÂKİMİN DÂVAYA BAKAMIYACAĞI HALLER

Prof. Dr. Ayhan ÖNDER

GİRİŞ

Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuzun 22 nci maddesini tetkik etmek istiyoruz. Gerçekten bu maddeye göre, kendisine taarruz olunan hükmü vermiş olan veya iştirak etmiş bulunan hâkim kanun yolu muhakemesinde o hüküm için verilecek olan karara iştirak edemeyecektir (md. 22/1). Gine bu maddeye göre, ilk tahkikatı yapmış olan sorgu hâkimi, aynı dâvanın muhakemesinde bulunup hükme iştirak edemeyecektir (md. 22/2). Tetkikimiz, gerek bu hallerde meydana gelmesi melhuz hususları gerek me haz kanununun tatbikatı sebebiyle Alman mahkemelerinin verdiği kararları ve doktrinde ileri sürülen fikirleri belirterek, bunların ışığı altında memleketimiz tatbikat ve doktrininin hangi vadede inkişaf etmekte bulunduğunu göstermeğe çalışmak olacaktır.

I. KISIM

§ I. CMUK.MUZUN 22 nci MADDESİNİN UMUMİ OLARAK İNKİŞAFI

CMUK. muzun 22 nci maddesinin gerek 1 gerek 2 nci fıkraları hükümlerini doğru bir şekilde tefsir edebilmek ve tatbikatta meydana gelebilecek hâdiselere yerinde bir çözüm tarzı bulabilmek için, bu hükmün kanunumuzun me hazına giriş sebebini ve tarihî inkişafını genişçe bir şekilde tetkik etmenin zaruri olduğunu zannediyor ve bu sebeple, CMUK. muzun 22 nci maddesinin tarihî inkişafını incelemek istiyoruz ¹.

1) Bu hususta geniş bilgi için bakınız: *Cuno*, 1 ve müt.

CMUK.muzun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, aleyhine kanun yollarından birisine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hâkim, mafevk mahkemesinde bu hükme dair verilecek karara iştirak edemeyecektir. Kanunumuzun bu hükmünün karşılığı olan Alman Kanununun 23 üncü maddesine benzer hüküm, eski Alman hukukunda yoktur; çünkü bu hukukta mahkemelerin birbirinden farklı dereceler üzerine tanzim edilmiş şekli bilinmemektedir. Gerçekten, CMUK.muzun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının sevk sebebi, mahkemelerin vazife itibariyle ayrılması ve aşağı derece mahkemeler yanında yüksek derece mahkemelerinin teşekkül etmesi ve aşağı derece mahkemelerinin verdiği karar ve hükümlerin yüksek dereceli mahkemelerde tetkik konusu yapılabilmesidir. Bu zamanda bir mahkemenin verdiği hüküm, aynı derecede başka bir mahkemede, bu hüküm ile kanaat getirmeyenin müracaatı üzerine, tetkik edilebilmekte ve ikinci bir hüküm bu mahkemeye tesis olunabilmekteydi. Alman hukukunda ilk olarak Franklar zamanında ve bu devrin sonlarına doğru, birbiri yanında olan mahkemeler derecelenerek, aşağı ve yukarı dereceli mahkemeler tesis olundu. Orta Çağ ve Yeni zamanlar Ceza Muhakemeleri Usulü kanunları mahkemeler arasında derece itibariyle aşağı ve yukarı dereceli mahkemeler sistemini kabul ettiyse de, bu kanunlarda 19 uncu asrın başlarına kadar CMUK.muzun 22 nci maddesine benzer bir hüküm bilinmemektedir. Bunun sebebini o zamanki mahkemeler teşkili sisteminde aramak gerekir. Gerçekten o zamanlar hâkimlerin bir yerden diğer bir yere bugünkü kadar çabuk tâyinleri bahis konusu olmadığı gibi, yüksek dereceli mahkemeleri teşkil eden hâkimler, hukuk âlimlerinden seçilen kimselerden teşkil olunmaktaydı. Bu şekilde aşağı derece mahkemesinde verdiği bir karar veya hükmün aynı hâkim tarafından yüksek dereceli bir mahkemede tekrar tetkik edilebilmesi tatbikat bakımından mümkün değildi. Böylece, tatbikatın zaruri olmadığı bir halde de kanun vazı hükmün sevk etmeyi düşünmek mecburiyetinde kalmamıştı. 1805 Ceza kanunu, 1813 Bavyera Ceza kanunu (ikinci kısım) 33 üncü maddesinde, 1860 Lübeck Mahkemeler Teşkili Hakkındaki kanunun 31 inci maddesi, hâkimin dâvaya bakaması ve reddini gerektiren sebepleri tesbit etmişlerse de, kanunumuzun 22 nci maddesine benzer bir hüküm bu kanunlarda da bilinmemekteydi. 1808 tarihli Code d'instruction Criminelle'de de bahis konusu ettiğimiz müessese yoktu.

İlk olarak 1867 tarihli Prusya Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu 24 üncü maddesinin 5 inci numarasında, 1850 Avusturya Ceza

Muhakemeleri Usulü kanunu 80 inci madesinde, 1864 tarihli Baden CMUK. 24 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında, 1862 Lübeck CMUK. 5 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında, doğrudan doğruya hüküm sevk ederek hükme iştirak etmiş bulunan hâkimlerin, o hükme dair mafevk mahkemede verilecek karara iştirak edemeyeceklerini kabul etmiştir.

Kanunumuzun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki, ilk tahkikatı yapmış olan sorgu hâkiminin o dâvanın muhakemesinde bulunamayacağına mütedair olan hükmün mehzaz hukuktaki inkışafı daha da değişik bir şekilde ve sebeple olmuştur. Kanunun bu hükmü Alman Mahkemeler Teşkilâtı kanununa göre, mahkemeler önünde oturan ve duruşmayı idare eden memurun, hüküm tesisine iştirak edemeyeceği kaidesinden istikak etmiştir. Duruşmayı idare eden hâkimler ile hükmü tesis eden hâkimlerin birbirinden tefriki, Alman muhakeme hukukunda yavaş yavaş, tahkikatı yapan hâkim ile hüküm tesis eden hâkimin birbirinden tefriki prensibinin doğmasını intaç etmiştir². Böyle bir tefrik, tahkikat yapan hâkimin tahkikat sırasında maznunun lehinde veya aleyhinde bir ön yargı sahibi olacağı ve tarafsız hüküm tesis edemeyeceği endişesi ile, adaletin tecellisi bakımından maslahata uygun telâkki edilmeye başlanmış, böylece bugünkü hukukumuzda, işin ilk tahkikatını yapmış bulunan sorgu hâkiminin hükme iştirak edemeyeceği prensibinin esasını teşkil eden kaide belirlemeye başlamıştır. Dâvanın tahkikatını yapmış bulunan hâkim bu faaliyetleri sebebiyle maznun hakkında bir ön yargı sahibi olabileceği endişesi, ilk tahkikatı yapan hâkimin karar vermeyeceğini telkin etmiş ve bunun neticesi olarak, tahkikat neticesi karar verilmek üzere işin başka bir mahkemeye sevki şekli kabul edilmiştir. Bu sistemin tabii neticesi olarak ta Alman tatbikatı, ilk tahkikatı yapan hâkimin, dosyayı karar mahkemesine göndermesi sistemi benimsenmiştir. Bu prensibe bağlı olarak kanunlarını ıstar etmiş bulunan Alman Devletleri, teferruata ait bazı farklar bir tarafa bırakılırsa, esas itibariyle tahkikat ve karar hâkimini birbirinden tefrik etmişlerdir.

§ II. CMUK. NUN 22 nci MADDESİNİN SEVK SEBEBİ

Muhakeme Hukukunu düzenleyen mevzuat, muhakeme hukuku

2) *Mittermaier*, 37.; *Cuno*, 3 ten naklen.

içinde verilmiş bulunan karar ve hükümlerin, gerek alâkalıyı gerek diğer kişileri tatmin etmesini, bu kişilerin muhakeme muamelelerine itimatlarının olmasını, herkese hürmet telik etmesini ve verilen karar ve hükümlerin âdil olmasını temine çalışır. Bu gayeye erişmek için, muhakeme hukuku çeşitli müesseseler kabul etmiştir. Bazı hallerde hâkimin dâvaya bakamayacağıının belirtilmesi ile iktifa olunmuş, fakat hangi hâdiselerde kanunun bu hükmünün tatbik edilebileceği gösterilmeden, müşahhas hâdiseye göre bir neticeye varılması istenmiştir. Gerçekten hâkimin bu sebeple dâvaya bakamaması, dâva ile hâkim arasında meydana gelebilecek ve daha önceden tesbiti mümkün olmayan haller olabilecektir. Meselâ kanunumuz bu hali CMUK. nun 24 ve müteakip maddelerinde tanzim etmiştir (iudex suspectus). Buna karşı diğer grup hallerde, bahis konusu olan dâvanın hususiyetleri nazara alınmadan, mahkemeyi teşkil eden hâkimlerin verecekleri karar veya hükmün âdil olabilmesini teminat altına almak gayesine matuf olarak bazı kaideler tesbit edilmiş ve bu halde bulunan hâkimlerin o işin dâvasına hiç bir şekil ve surette iştirak edemeyecekleri kabul edilmiştir (iudex inhabilis). Kanunun tanzim ettiği bu hallerde hâkim dâvanın hiç bir anında ve hiç bir halinde hâkimlik muamelesi yapamayacağı gibi, o hâkimin dâva ile olan alâkasını kesmek için herhangi bir talepte bulunmaya ihtiyaç dahi yoktur. Kanunda tesbit edilmiş bu ahlin mevcudiyetinde, hâkimin vereceği hükmün âdil olacağı tahmin edilse dahi, yine o hâkim o dâvada hâkimlik fonksiyonu ifa edemez. Iudex inhabilis olarak kabul edilebilecek haller maznun ile hâkimin şahsî münasebetleri olabilir (CMUK. md. 21, No. 1, 2, 3). Bundan başka, hâkimlik vazifesi dâvanın tarafları mefhumundan ayrılmayı gerektirdiğine göre, o dâvada taraf telâkki edilebilecek şekilde fonksiyonda bulunmuş olan şahsın hâkim olarak işin dâvasına bakamayacağı da kabul edilmiştir (CMUK. md. 21, Nr. 4-5).

CMUK. muzun 22 nci maddesi ise, iki fıkra içinde ve çeşitli prensipler sebebiyle vazedilmiştir. Birinci fıkrasına göre, bir dâvada hüküm tesis etmiş bulunan hâkim, o hüküm hakkında yüksek dereceli bir mahkemede verilecek karara iştirak edebilmesi terviç edilemez; çünkü, yüksek mahkeme hükmü tetkik ederken icra eylediği faaliyet o hükmün hatalı noktalarının tesbitine müteveccih olacaktır. Bunun temini ise, hükmü bizzat vermiş olan hâkimin, o hüküm hakkında kanun yolu muhakemesinde de vazife görmesiyle mümkün olmaz. Bu durumda olan hâkim, gerek ilk verdiği hükmün doğruluğu-

na inanmış olması sebebiyle gerek verdiği hükmün hakikate uyduğunu, hatalı olduğunu bilse dahi, değiştirmek istemeyecektir. Bir hükmün kanun yolunda hatalarının tesbit edilebilmesi için, o hükmün, hükme iştirak etmemiş bulunan hâkimlerden müteşekkil bir mahkeme tarafından tetkik edilmesi ile mümkün olabilir. İşte bu sebepler, CMUK. muzun 22 nci maddesinin birinci fıkrasında tesbit edilen, aleyhine kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hâkim mafevk mahkemesinde bu hükme dair verilecek karara iştirak edemeyeceği, şeklindeki hükmün sevkine âmil olmuştur.

Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuzun pek çok hükümlerinde, meselâ 219, 222, 243, 245, 254 üncü maddelerinde olduğu gibi, hükmü tesis edecek olan mahkemenin deliller ile olan münasebetinin doğrudan doğruya olmasına ve duruşmada elde edilen kanaata göre hüküm tesis edilmesine ehemmiyet verilmiştir ve bu muhakeme hukukumuzda bir prensiptir. Hükmü tesis edecek olan hâkim hazırlık tahkikatı sırasında yapılmış bulunan muamelelerin tesiri altında kalmadan, duruşmaya maznunun suçluluğu veya suçsuzluğu haline müteveccih olarak herhangi bir ön yargı sahibi olmadan ve tamamen bitaraf olarak gelmelidir. Kanunumuzun aradığı netice, sevk edilen bu hükümle temine çalışılmaktadır. Şayet hükmü tesis edecek olan hâkim veya hâkimler heyetine, işin delillerini toplamış bulunan hâkim de iştirak ederse, kanunumuzun bu prensibi zedelenmiş olacaktır. Gerçekten işin delillerini toplamış bulunan hâkim, dâvanın malzemesine olan vukufu sebebiyle mahkemenin diğer üyeleri üzerinde istediği tesiri yapabileceği gibi, şayet kendisi dâvaya bakan tek hâkim ise, topladığı delillerin üzerinde yaptığı etkinin altında kalarak sahip olduğu kanaatin hükmü tesisinde de tesirinde bulunacaktır.

İşte yukarıda beyan ettiğimiz sebepler dolayısıyla ilk hükmü tesis etmiş bulunan hâkimin dâvanın kanun yolu muhakemesinde bulunamayacağı ve ilk tahkikatı yapmış olan hâkimin o işin muhakemesine iştirak edemeyeceği kaideleri CMUK. muzun 22 nci maddesinde formüle edilmiştir.

§ III. CMUK. MUZUN 22 nci MADDESİNİN MEHAZ KANUNA GİRİŞİ VE İNKİŞAFI

Kanunumuzun mehazı olan Alman kanununun ilk 1873 tasarısında 22 nci maddemizin ilk fıkrası benimsenmişti. Bundan sonra

yapılan ikinci müzakere esasa temas etmeden kanunumuzun mehanızının bugünkü şeklini kabul etmişti. İkinci fıkramızın ilk tasarıda-ki hali ise «İşin ilk tahkikatını yapmış bulunan sorgu hâkimi büyük ve ortanca Schöffen mahkemesinde üye olamaz» şeklinde idi. İkinci tasarı ise, esasa dokunmamış, ilk tahkikatı yapan sorgu hâkiminin hüküm veren mahkemede değil, bundan başka ilk tahkikat neticesi karar verecek mahkemede de üye olamayacağı hususunu maddeye ithal etmiştir. Daha sonra, yukarıda belirttiğimiz büyük ve ortanca Schöffen mahkemesi ile karar mahkemesi birleştirilmiş, karar mahkemesi hem ilk tahkikatta karar mahkemesi hem de son tahkikatta hüküm mahkemesi olarak kabul edilmiştir.

Kanun tasarısı bu şekilde İmparatorluk Meclisine verilmiş, Meclis Adalet komisyonunda, maddeye «ilk tahkikat neticesi son tahkikatın açılmasına karar veren hâkimin» işin son tahkikatında bulunamayacağı hükmü ilâve edilmişse de, Hükûmette yapılan müzakerelerde, sonradan ilâve edilen bu hükme, teşkilâtın kifayetsizliği ve zorluklar tevlit edeceği, esasen meselenin esası ile de alâkası bulunmaması sebebiyle cephe alınmıştır. Bu fikirde olanlar, son tahkikatın açılması kararını veren hâkimin durumu ile hüküm tesis edecek olan hâkimin pozisyonlarının birbiri ile mukayese edilemeyeceği, son tahkikatın açılmasına karar vermenin nihaî bir karar olmadığı ve failin kusurunun tesbit edilmeden mevcut deliller muvacehesinde işin son tahkikata götürülmesini imkân içine alan kuvvetli suçluluk emarelerinin mevcut olup olmadığının tetkik edildiğini ileri sürmüşler, böylece son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan hâkimin son soruşturma bakımından da ön yargı sahibi olabileceğinin kabul edilemeyeceği fikrini savunmuşlardı. Hükûmette yapılan bu müzakereler Meclis Adalet komisyonunca maddeye ilâve edilen hükmün maddeden çıkarılmasını sağlayamamış, Meclis Ummî Heyetinde yapılan müzakereler sırasında bahis konusu hüküm bazı değişikliklerle kabul edilmiştir. Yapılan bu değişiklik şu şekilde idi: «Ceza mahkemesinde yapılacak son tahkikat safhasına, o iş hakkında son tahkikatın açılması kararına iştirak etmiş bulunan iki hâkimden fazlası dahil olamaz; Savcılığın talebi üzerine rapor hazırlamış bulunan hâkim de iştirak edemez.». Meclis, kanuna böyle bir hükmün ilâvesi hakkında Hükûmet tarafından ileri sürülen, hâkim adedinin azlığı ve zorlukların meydana gelebileceği sebebine iltifat etmemiş, adaletin tecellisi istendiği takdirde, personel meselesinin ikinci plânda kalması gerektiği fikri savunulmuş, son tahkikatın açılması kararını veren hâkimin bir dereceye kadar ön yargı

ile o işin duruşmasına girebileceği hususu gösterilmiş, ceza mahkemesi kararlarına karşı istinaf derecesinin kabul edilmemiş olması keyfiyeti de fikirlerini kuvvetlendirecek bir delil olarak ileri sürülmüştü. Yukarıdan beri izah ettiğimiz mehzaz 23 üncü maddenin 3 üncü fıkrası daha sonra 4.1.1924 tarihinde meriyetten kaldırıldı ve bu tarihte madde «Son tahkikatın açılması kararına iştirak etmiş bulunan hâkimin o işin duruşmasında bulunmasına mani bir hal olmadığı» şekline girdi. Bu maddenin Alman hukukundaki inkişafı sebebiyle yapılan müzakerelerde Hükûmetin ileri sürmüş bulunduğu şekil böylece kabul edilmiş oldu ³.

§ IV. CMUK.MUZUN 22 nci MADDESİNİN 1 inci FIKRASININ TATBİKİ

I — Muhakemenin İadesi :

Kanunumuzun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre aleyhine kanun yollarından birisine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hâkim mafevk mahkemesince bu hükme dair verilecek karara iştirak edemeyecektir. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, bu hükmün tatbik edilebilmesi için, hükme iştirak etmiş bulunan hâkimi, kanun yolu olarak vazife gören bir mahkemede hükme iştirak edemeyecektir. Hal böyle değil de, hükmü tesis eden hâkimin aynı derecede aynı hükmü tekrar tetkiki bahis konusu ile, bu tetkik bir kanun yolu olmaması sebebiyle aynı hâkim tarafından yapılabilir ⁴. Hukukumuzun sistemine göre kanun yolu, kesinleşmemiş bulunan bir hükmün veya kararın yüksek derece mahkemesince tekrar tetkik edilmesidir. Bu sebeple, hukukumuz bakımından kanun yolu iki tane dir ve bunlar İtiraz ve Temyiz'dir ⁵. Hüküm kesinleştikten sonra muhakemenin iadesinin bu hükme karşı talep edildiği ahvalde, hükmü vermiş bulunan hâkimin muhakemenin iadesinin kabule şayan olup olmadığı hususunda tesis edeceği karar, CMUK. nun 22 nci maddesi içinde mütalâa edilemeyecektir ⁶. Yani CMUK. nun 336 nci maddesine göre tesis edilecek kararı verebilir veya bu karar verildikten sonra 338 inci maddeye göre tesisi icap eden ve muhakemenin iadesi talebinin esassız olduğuna ve bu sebeple verilecek müsbet karara

3) Geniş bilgi için bakınız: *Cuno*, 3 ve müt.

4) *Löwe - Rosenberg*, 20/117.

5) Yazılı Emrin hususiyetleri ayrıca incelenmektedir.

6) *Glaser*, II/114.; *Schmidt*, 49.; *Schwarz*, 16/45.; *Löwe - Rosenberg*, 20/117.

iştirak edebilir veya verebilir. Muhakemenin iadesi bir kanun yolu olmadığına göre, talep karşısında mahkemenin bu talebi reddetmesi halinde gidilecek acele itiraz kanun yolunda da o hükmü tesis etmiş bulunan hâkimin CMUK. 340 ıncı maddesine göre kararı tetkik etmesine bir mani yoktur. Muhakemenin iadesi talebinin kabulünden sonra gerek duruşma yapılmadan CMUK. nun 339 uncu maddesine göre gerek duruşma yapıldıktan sonra 341 inci maddeye göre tesis edilecek hükmü, iadei muhakeme talep edilen hükmü vermiş bulunan hâkim yeniden hüküm tesis edebilecektir ⁷.

Muhakemenin iadesi talebinde, bu talebin tetkiki kanun yolu olarak telâkki edilmemekte ve yapılacak tetkikatın verilen hükmün doğru veya yanlış olması hususuna müteveccih olmayıp, ileri sürülmüş bulunan delil veya vaialar ilk hüküm tesis edildiği zaman bilinmiş olsa idi, mahkemenin vereceği hüküm başka olacağı esbabı mucibesine dayandırılmak suretiyle, muhakemenin iadesi talebinin tetkikinin bir kanun yolu muhakemesi olamayacağı hususu gösterilmektedir ⁸.

Doktrin sahasında bu kanaat ileri sürülmekte ve hâkim telâkikiyi de aksettirmekte ise de, bazı müellifler ⁹ bu görüşe katılmamaktadırlar. Bunlara göre CMUK. nun 327 nci maddesinin 5 inci fıkrası sebebiyle yapılmış bulunan muhakemenin iadesi talebi, yukardaki fikri müdafaa edenlere belki hak verdirebilir. Ancak, CMUK. nun 327 ve 330 uncu maddelerinin 1, 2 ve 3 üncü fıkralarında tesbit edilmiş bulunan hallerden birisini iddia ederek muhakemenin iadesini talep eden kimse bakımından da aynı şeyi söylemeğ imkân yoktur. Bu hallerde muhakemenin iadesi talebi, mevcut hükmün hatalı olması sebebine müteveccihdir.

Beyan edelim ki, von Hentig'in fikirlerinde hakikat hissesi fazladır. Kanunumuzun sistemi ise, muhakemenin iadesinin hükmü veren mahkemeye yapılması gerekeceği şeklini belirtmiştir. Bu durum karşısında, kanunun kabul etmiş bulunduğu bazı hükümler sebebiyle sistemin fazla bir mahzur ihtiva edemeyeceği de ileri sürülebilir. Çünkü, muhakemenin iadesi talebi karşısında gerek bu talebin kabulü şayan olmaması gerek esassızlığı sebebiyle reddine karşı mahkû-

7) *Schmidt*, 50.

8) *Hahn*, Mat, I/266.; Bu hususta bakınız: *Ayhan Önder*, Muhakemenin iadesi talebinde bulunulacak Mahkeme, İHFM., XXXI/402 ve müt.

9) *von Hentig*, 209 ve müt.

mun acele itiraz yoluna müracaata hakkı olduğu ileri sürülebilecektir. Yukarıdan beri beyan ettiğimiz karşılıklı fikirler sebebiyle mehzaz kanunda tâdilât yapılmak istenmiş 1929 tarihinde CMUK. nun muhakemenin iadesi kısmında iade talebinin hükmü veren mahkemeye yapılması sistemine dokunulmamış, fakat hükmü tesis etmiş bulunan hâkimin veya bu hükme iştirak etmiş olan hâkimin muhakemenin iadesi muhakemesinde o işin dâvasına bakamayacağı şekli kabul edilmiştir.

Kanaatımızca, hukukumuz bakımından CMUK. nun 335 inci maddesi ile 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının birlikte mütalâası zor olmakla beraber mümkündür. Yukarıda belirttiğimiz gibi, muhakemenin iadesi talebi üzerine icra edilen muhakeme bir kanun yolu muhakemesi değildir ve bu sebeple muhakemenin iadesi talebi karşısında hükmü veren hâkimin bu hükmün tetkiki ve bu hüküm sebebiyle tesis edilecek olan hükme iştirakine kanunî bir mani yoktur. Ancak, meselenin bir de insan tabiatından neşet eden diğer tarafı vardır. Tatbikatta, bir hükmü tesis etmiş bulunan bir hâkim, ileri sürülen bütün hukukî sebeplere rağmen, tesis etmiş bulunduğu hükmün muhakemenin iadesi hukukî çaresi ile kaldırılmasına taraftar değildir ve bu sebeple tatbikatta muhakemenin iadesi talepleri ekseri acele itiraz üzerine, esassız olduğu veya kabule şayan olmadığı kararlarının, kaldırılmasından sonra kabul edilmektedir. Bu da gösteriyor ki, muhakemenin iadesi hernekadar bir kanun yolu değilse de, ilk hükmü tesis etmiş bulunan hâkim iade talebini kabul etmek istememekte, verdiği hükmü değiştirmeye mütemayil olmamaktadır. Aynı his kanun yolu muhakemesinde de vardır. Hükmü tesis etmiş bulunan hâkimin kanun yolu muhakemesinde o hüküm hakkında tesis edilecek olan karara iştirak etmemesinin sebebi, verdiği hükmün tesiri altında kalarak, kanaatını değiştirmeye mütemayil olmamasındandır. Bu sebeple, bazı kanunlar¹⁰ muhakemenin iadesi talebinin hükmü veren mahkemeden başka bir mahkemeye yapılacağı sistemini vazederek, 22 nci maddemizi kanun yolu muhakemesinin dışında kalmış bulunan haller bakımından da tatbik etmek istemişlerdir. Bugünkü hukukumuz ve kanunumuzun sistemine göre, muhakemenin iadesi hükmü veren mahkemeye yapılacağına ve muhakemenin iadesinin bir kanun yolu olarak kabulüne imkân bulunmamasına göre, 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının muhakemenin iadesinde tatbikine

10) Bütün bu hususlar için bakınız: *Ayhan Önder*, Muhakemenin iadesinde bulunulacak Mahkeme, İHFM. 1965, XXXI/397 ve müt.

imkân yoktur ¹¹. Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de meseleyi bu şekilde halletmiştir ¹².

Mehaz kanun 1964 senesinde tâdil edilmiş ve yapılan tâdil bu hususa da temas etmiştir. Muhakemenin iadesi, yeni şekle göre yine hükmü veren mahkemeye yapılacak, fakat muhakemenin iadesi talebinin tetkikine, hükmü vermiş olan veya bu hükme iştirak etmiş bulunan hâkim iştirak edemeyecektir ¹³. Böylece bugünkü mehaz metin 1929 tasarısını benimsemiş olmaktadır.

II — Eski Hale Getirme :

Hukukumuz sistemine göre eski hale getirmenin mutad ve olağan hukukî çare olduğunu kabul ettiğimiz için ¹⁴ meselenin halli bir zorluk tevhit etmeyecektir. CMUK. nun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrası, ancak kanun yolu muhakemesinde kabili tatbiktir. Eski hale getirme ise bir kanun yolu olmadığına ve eski hale getirme talebi mehle riayet halinde usule dair muameleler hangi mahkemede yapılacak idiyse o mahkemeye verileceğine göre (md. 42) işin muhakemesine bakan hâkim eski hale getirme talebi karşısında da karar verecek ve 22 nci maddenin 1 inci fıkrasındaki memnuiyet eski hale getirme bakımından bahis konusu edilemeyecektir. Aynı sebeple CMUK. nun 228, 361/2, maddelerinde de, 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının tatbik kabiliyeti olamaz.

III — Ceza Kararnamesine İtiraz :

Ceza kararnamesine müddeti içinde itiraz edilmek suretiyle işin umumî usule intikali maznunun ihtiyarına bırakılmış ve bu şekilde kanunumuz nevi şahsına münhasır bir müessese kabul etmiştir. CMUK. nun 388 inci maddesine göre yapılan itiraz bir kanun yolu olmaması, fakat bir hukukî çare olarak kabul edilmesi sebebiyle ¹⁵ CMUK. nun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının ceza kararnamesine itirazda da tatbikine imkân yoktur. Çünkü, kanunumuzun 388 inci

11) Aynı kanaat *Erem*, 101.; *KMR*, 43.; *Schwarz*, 16/45.

12) RG. 4/426. 2. CD. 23.9.1881.

13) *Peters*, 1966/593.

14) Bu hususta bakınız: *Ayhan Önder*, Eski hale getirmenin hukukî mahiyeti, İHFM., XXX/950 ve müt.

15) Bu hususta geniş bilgi için bakınız: *Ayhan Önder*, Sulh ceza hâkiminin ceza kararnamesi, İstanbul 1966.

maddesi itirazın ceza kararnamesini veren sulh mahkemesine yapılacağını vazetmek suretiyle, bu hukukî çarenin bir kanun yolu olmadığını belirtmiş bulunmaktadır.

IV — Yazılı Emir ve CMUK. nun 22 nci Maddesi :

Yazılı emir hukukumuzda mehzadan ayrılmak suretiyle kabul edilmiş bir müessesedir. CMUK. nun 22 nci maddesinin yalnız kanun yolu muhakemesinde tatbik edilebileceğini beyan ettiğimiz takdirde, hukukumuz bakımından kabul edilmiş kanun yolları itiraz ve temyiz olması sebebiyle, yazılı emri bu tasnifin dışında bırakılacak, ilk nazarda 22 nci maddenin tatbik sahası içine giremeyeceğini beyan etmemiz gerekcektir. Ancak, söylediğimiz gibi, bu hal zahiridir. Kanun yolu muhakemesinin çeşitli hususiyetleri üzerinde durmadan yalnız bir tanesinin belirtilmesi ile iktifa edelim ki, bu yol verilmiş bulunan karar veya hükümlerin yüksek dereceli mahkeme tarafından doğru olup olmadığı hususunun araştırılmasına müteveccih bir faaliyettir. İşte bu sebeple, bazı müellifler yazılı emir için olağanüstü kanun yolu¹⁶ demek, diğer bazıları ise¹⁷ temyiz yolunu adiyen ve yazılı emir yolu olmak üzere tefriğe tâbi tutmak zaruretini hissetmişlerdir. Yazılı emir temyiz mahkemesinin tetkikinden geçmeden kesinleşmiş bulunan karar ve hükümlere karşı gidilebilen ve bunların doğruluğunun tesbitine müteveccih bir faaliyet olması sebebiyle, CMUK. muzun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasını yazılı emir ile bozma müessesesi bakımından da tatbik etmek gerekecektir¹⁸. Çünkü bu halde, CMUK. nun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının sevk sebebinin esas ve ruhunu, yazılı emir yolunda da bulmak mümkündür. Bir hükmü tesis etmiş veya bu hükme iştirak etmiş bulunan hâkimin mafevk mahkemede o hüküm hakkında verilecek karara iştirak etmemesinin sebebi, ilk hükmü tesis etmiş bulunan hâkimin bir ön yargı sahibi olması ve bunu da vermiş bulunduğu hüküm ile belirtmiş olmasıdır. Yazılı emirde de ilk hükmü tesis eden hâkimin, bu olağanüstü kanun yolu veya hukukî çarede verilecek hükme iştirak edememesi lâzımdır. Bir kimse kendi verdiği ve bu hükmü de verirken bahis konusu meselenin bütün inceliklerini tetkik ederek tesis ettiği bir ka-

16) *Kunter*, 2/785.

17) *Kantar*, 44.

18) Aynı kanaat, *Kantar*, 44.; *Erem*, 101.

rarda hâkim olamayacağı gerekçesi, 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının yazılı emir yolunda da tatbikinin başlıca sebebidir.

V — İtirazı Tetkik Eden Hâkim :

Yapılmakta olan son tahkikat safhasında verilmiş bulunan ve hukukumuz sistemine göre itirazı mümkün olan bir kararın verilmesi karşısında bu karara karşı itiraz kanun yoluna gidilip, itiraz merciinde tetkik edilmiş ise, itiraz tetkik merciinde karar vermiş bulunan hâkimin o işin kanun yolu muhakemesinde bulunabilip bulunamayacağı da tetkik edilmelidir. CMUK. muzun 22 nci maddesinin tatbiki düşünülebilecek olan hükmü 1 inci fıkrası olabilir. Ancak, bu fıkranın tatbik edilebilmesi için, kanun yolu muhakemesinde tetkik edilen hükmü vermiş bulunan hâkimin bu yolda yapılan muhakemeye iştirak edemeyeceği gösterildiğine göre, itiraz üzerine karar vermiş olan hâkimi ilk hükmü tesis etmiş olan hâkim olarak kabule imkân yoktur. Bu sebeple, bahis konusu işte itiraz hâkimi olarak vazife gören hâkimde kanun yolu muhakemesinde memnuiyet hali olmamalıdır ¹⁹ Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de meseleyi bu şekilde halletmiş ve itiraz merciinde vazife gören hâkimi kanun yolu muhakemesinde memnuiyet içinde mütalâa etmemiştir ²⁰. Hukukumuz bakımından mesele hakkında Yüksek mahkememizin görüşünün de tetkiki gerekir. Gerçekten Yüksek mahkeme reddedilen hâkimin reddin tetkiki için yapılan muhakemeye ve verilecek karara iştirak edemeyeceğini içtihat etmiştir ki ²¹, yerindedir. Diğer bir kararında Yüksek mahkeme «Sorgu hâkimi tarafından verilen men'i muhakeme kararına karşı vâki itiraz üzerine tetkikat icra ederek son tahkikatın açılmasına karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi reisi bu işin duruşmasına iştirak edemez» demektedir ²². Bu karara iştirak etmek mümkün değildir. Gerçekten, 22 nci maddenin 1 inci fıkrasına göre, bir hâkiminin memnuiyeti olabilmesi için, verdiği hükmü mafevk mahkemede ve kanun yolu içinde tekrar tetkik etmesi gerekir. Meni muhakeme kararını tetkik edip, son tahkikatın açılması kararını veren hâkimin, o işin duruşmasında bulunmasına bu

19) Schwarz, 16/45.; Löwe - Rosenberg, 20/117.

20) RG. 2. CD. 26.9.1932, JW. 1933/444.

21) 3. CD. 20.3.1965; Çağlayan, 1966/227.

22) CUH. 19.6.1950, 340/116, Çağlayan, 1966/230.

hüküm mani değildir. Evvelâ, itirazın tetkik edilmiş bulunan meni muhakeme kararının kaldırılmasından sonra icra edilen muhakeme bir kanun yolu değildir. Saniyen, meni muhakeme kararının kaldırılmasından sonra yapılan muhakeme, son tahkikatın açılması kararına nisbetle, fiil bakımından aynı olsa dahi, fiilin hukukî tavsifi bakımından değişik olabilecektir. Son tahkikatın açılması kararı, yapılacak muhakemenin fiil bakımından ayniyet içinde telâkki edilmesinin dışında herhangi bir tesiri olmayacaktır. Hal böyle olunca, 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının sevk sebebinin ruhunu bu hâdisede bulmak mümkün değildir. 22 nci maddenin 1 inci fıkrası, hükmü veren hâkimi, mafevk mahkemede verilecek karara iştiraktan menetmektedir ve bunun sebebi de, gerek hukukî gerek fiilî durumda herhangi bir değişiklik olmadan, kanun yolu muhakemesinde hükmün tesis edilmesidir. Elbetteki bu halde ilk hükmü veren hâkim, eski hükmünü tekrara mütemayil olacak ve 22 nci maddenin sevk sebebinin mahiyeti icabı, mafevk mahkemede vazife göremeyecektir. Hâdisemizde, meni muhakeme kararını kaldıran hâkimde bu vasıfları bulmak mümkün değildir. Son tahkikat açıldıktan sonra, bu usul safhasının prensiplerinden olan şifahilik ve doğrudan doğruya olma prensibi muvacehesinde, meni muhakeme kararını tetkik etmiş bulunan hâkim, dâvanın delilleri ile bu sefer dosya üzerinden değil, doğrudan doğruya temas etmek imkânını bulacak ve meni muhakeme kararını kaldırırken tesiri altında kalmış bulunduğu hususlardan tamamen sıyrılabilecektir. Netice olarak şunu belirtmek isteriz ki, dâvanın ve tetkik edilen hususun gerek hukukî gerek maddî tesbitleri aynı olmak şartı ile yapılan bir kanun yolu muhakemesinde hükmü tesis eden hâkim o hüküm sebebiyle verilecek karara iştirak edemezse de, sonradan yapılan tetkikat dâvanın fiilî cephesi ile o hâkimi doğrudan doğruya temasa getiren bir usul ise, 22 nci maddenin tatbik edilemeyeceğini zannediyoruz ²³.

VI — Mafevk Mahkemede Hükme İştirak Etmiş Bulunan Hâkimin Aşağı Dereceli Mahkemedeki Durumu :

Bu tetkik ettiğimiz husus, 22 nci maddenin ilk fıkrasının tam aksini ifade edecek şekilde belirtilmiştir. Bir hâkim Yüksek dereceli mahkemede hükme iştirak ettikten sonra, bu hüküm bozulmuş ve

23) Bu hususta son tahkikatın açılması kararı ve CMUK.nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbiki hususunda ileri sürdüğümüz fikirlere de bakınız.

dosya gerek hükmü veren gerek başka bir mahkemeye gönderilmiş ise, o işin duruşmasında bulunamayacağına dair kanunumuzda bir sarahat yoktur. 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının lâfzından hareket edildiği takdirde bu şekilde faaliyet göstermiş bulunan hâkimde memnuiyetin kabulüne de imkân yoktur. Buna, Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin vermiş bulunduğu bir kararı misal olarak gösterebiliriz ²⁴.

Tetkik ettiğimiz karar doktrinde de tasvip görmektedir ²⁵. Ancak bazı müellifler ²⁶, mehzaz kanunun bu hükmünü, Avusturya CMUK. nun 68 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki değişik hükmü esas almak suretiyle tenkit etmektedirler. Ancak kanunumuzun mehzazı ve kanunumuzun lâfzı esas alındığı takdirde böyle bir fikre iltifat etmek mümkün değildir. Mehzaz kanun, bu hususta Prusya hukukundan ayrılmaktadır. Prusya hukukunun 24 üncü maddesinin 5 inci numarasına göre, *diğer bir mercide* hüküm tesisine iştirak eden hâkimi, o hükmün başka bir mahkemede tekrar tetkikinden memnu tutmakta, bu şekilde aşağı derece mahkemesinin verdiği hükmün kanun yolu muhakemesinde tetkiki sırasında hükme iştirak edemeyeceği kaidesinden isteyerek, ayrılmış olması sebebiyle hukukumuz bakımından itibar olunamayacağı belirtilmektedir ²⁷.

VII — Yardımcı Hâkimin Durumu :

Bir mahkemede dâvaya bakan hâkim ile birlikte gerek staj gören gerek yardımcı olarak çalışan herhangi bir hâkim bulunur ve bir dâvanın başından sonuna kadar duruşmalarına iştirak ederse, bu hâkim stajyerinin veya yardımcı hâkimin, verilen hükmün kanun yolu muhakemesindeki tetkikine ve hüküm tesisine iştirak edip edemeyeceği de tetkike değer. Hukukumuz sistemine göre, bir hâkim yardımcısını muayyen bir mahkemede faaliyet göstermesine mani bir hüküm yoktur. Hattâ, Alman tatbikatında yardımcı hâkimlerden her mahkemede istifade edilmekte ve dâvaya bakan bir hâkimin mazereti sebebiyle duruşmaya gelememesi halinde, gaybubetinde yapılmış bulunan muamelelerin tekrarına mani olunmak için, yar-

24) RG. 31/225, 4. CD. 27.6.1898.; RG. 4/426-427, 2. CD. 23.9.1881.

25) *Kohlrausch*, 22/105.; *Glaser*, II/114.; *Schmidt*, 50.; *Schwarz*, 16/45.; *Löwe - Rosenberg*, 20/117.

26) *Geyer*, md. 77 not 13.; *Glaser*, s. 114 ten naklen.

27) *Glaser*, II/114 not 13.

dımcı hâkim bu hâkimin yerini alarak, muhakemeye devam olmaktadır. Duruşmalara yalnız yardımcı hâkim olarak iştirak etmiş bulunan bir hâkimin duruşmada yaptığı fonksiyon, karar veya dâva muamelelerine ve hükme iştirak etmeden dâvayı takip etmesidir. Taraflara herhangi bir soru tevcih edemeyeceği gibi, verilecek kararlara ve o iş için tesis edilecek hükme de iştirak edemez. Hal böyle olunca, CMUK. muzun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının lâfzından hareket ettiğimiz takdirde, bu hâkimin işin kanun yolu mahkemesindeki muhakemesine ve hüküm tesisine mani bir hali olmamalıdır. Çünkü, CMUK. nun 22 nci maddesinin 1 inci fıkrası mafevk mahkemesinde bir hâkimin hükme iştirak edememesi ve memnuiyetinin kabul edilebilmesi için, hakkında hüküm tesis edilecek olan hükme iştirak etmiş olması gerekir. Halbuki yardımcı hâkim duruşmada bulunmuş fakat hükme iştirak etmemiştir²⁸. İzah etmiş olduğumuz gibi, yardımcı hâkim hükme iştirak edemeyeceğine göre, mafevk mahkemesinde o hüküm hakkında verilecek karara iştirakinde kanunî bir memnuiyet olamaz²⁹.

VIII — Delil Telâkkisi Hususunda Verilen Kararlar :

Tetkik etmek istediğimiz bu kısmın çeşitli hususiyetlerine temas edebilmek için meselenin üç kısım içinde mütalâası gerekecektir. Esasen, Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de bütün bu meseleler hakkında kanaatını belirtmiş ve hukukumuz bakımından da değerlendirilmesi gereken fikirler izhar etmiştir.

1 — *CMUK. nun 216 nci maddesine göre istinabe ile şahit dinlenmesi kararı.*

Son tahkikat safhasında mahkemeye dahil olan hâkimlerden bir tanesi, CMUK. nun 216 nci maddesine göre bir şahidin istinabe suretiyle dinlenmesine karar verdikten sonra o mahkemede hüküm tesisine iştirak etmemiş ise, 22 nci maddenin 1 inci fıkrası sebebiyle işin kanun yolu muhakemesinde tesis edilecek hükme iştirakinde bir memnuiyet yoktur³⁰. Gerçekten, görülmekte olan bir dâvanın şahit-

28) Alman Temyiz kararı RG. 65/40, 2. CD. 8.12.1930.

29) Aynı kanaat *Cuno*, 14 ve müt.; *Schmidt*, 49.; *Schwarz*, 16/44.; *Erbs*, 28.; *Löwe - Rosenberg*, 20/117.; *Glaser*, II/113.

30) *Erbs*, 28.; *Löwe - Rosenberg*, RG. 2.11.1924, JW. 1925/794.

lerinden bazılarının dinlenmesi hususunda istinabe kararına iştirak etmiş bulunan bir hâkimin, o dâva hakkında kanaatını belirtmiş olarak telâkki edilmesine imkân yoktur. Hattâ Alman Yüksek mahkemesi, istinabe evrakının duruşmada okunmuş olması ve dâva bakımından bunun değerlendirilmiş bulunmasını dahi, hükme iştirak bakımından memnuiyet olarak telâkki etmemektedir. Alman mahkemesinin bu kararı bazı müelliflerce tenkit olunmaktadır³¹. Bu müellife göre istinabe yolu ile şahit dinlenmesine mütedair verilen kararın mahiyetine bakmak gerekir. Şayet, verilen karar ile dinlenen şahidin beyanları daha sonra tesis edilecek olan hükümde nazara alınmış ve hüküm bu sebeplere de dayanılarak tesis edilmiş ise, hâkimin, o işin kanun yolu muhakemesine iştirakine imkân yoktur, denilmektedir.

Kanaatımızca³² da, istinabe suretiyle şahit dinlenmesi kararına iştirak etmiş bulunan bir hâkimin yalnız bu faaliyeti 22 nci maddenin 1 inci fıkrası içinde mütalâa edilemez. Gerçekten, istinabe kararına iştirak etmek, o dâvayı neticelendiren hükme iştirak etmek mânasında olamaz ve bu hâkimin o dâva hakkında bir ön yargı sahibi de olduğu iddia edilemez. Bir hâkimin muayyen bir delil telâkkisi bakımından kanaatı hüküm tesis etmek değildir. 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının ruhu, dâvayı neticelendiren hükme kanaatını belirtmek ve açığa vurmak suretiyle iştirak etmiş bulunan hâkimin kanun yolu muhakemesinde bulunamamasını temindir. Bu hâdisede ise, istinabe kararına iştirak etmiş bulunan hâkimin esasen kanaatı henüz yoktur ki, bunu hükme tesir eder şekilde kullanabilsin.

2 — CMUK. nun 237 nci maddesi.

CMUK. nun 237 nci maddesine göre bir delilin iradına müteallik talebin reddi mevzubahis olur yahut bazı delillerin iradına müsaade olunması muhakemenin talikini icap ettirirse, mahkeme bu bapta bir karar verecektir. Hattâ mahkeme vukubulan talep üzerine veya kendiliğinden şahit ve ehlihibre celbini ve başkaca sübut sebeplerinin ihzar ve iradını da emredebilecektir. Mahkemenin yapmış bulunduğu bu muamelelere iştirak etmiş bulunan hâkim, yukarıda

31) *Mamroth*, JW. 1925/794.

32) *KMR*, 43.; *Erbs*, 28.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1400.; *Schwarz*, 16/44.

(1) numara için beyan eylediğimiz sebepler muvacehesinde kanun yolu muhakemesinde memnuiyeti bahis konusu olamaz. 22 nci maddemizin 1 inci fıkrasının tatbik edilebilmesi için, ilk derece mahkemesinde hüküm tesis edilirken hâkimin bu hükme iştirak etmiş ve rey ve kanaatını belirtmiş olması gerekir. Hattâ, ilk derece mahkemesinde hükümden evvel verilen ve hükmün esasını teşkil etmiş bulunan bir karara iştirak etmiş olma hali dahi, memnuiyet sebebi olamaz³³. Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de bu halde memnuiyet sebebini kabul etmemiştir³⁴.

3 — Naip veya istinabe ile delil toplanması.

Kanunumuzun 22 nci maddesinin ruhundan ve lâfzından hareket ettiğimiz takdirde, mahkeme üyelerinden bir tanesini naip olarak vazifelendirdiği bir işte bu üyenin topladığı deliller sebebiyle hükme iştirak edebileceği neticesine varırız. Çünkü, bu halde naip veya istinabe edilen hâkim ilk tahkikatı icra eden sorgu hâkimi olmadığı gibi hüküm tesisine iştirak etmiş olan hâkim de değildir³⁵. Başka bir mahkemenin istinabe edilmesi halinde de istinabe hâkiminin gerek o işin hükmüne gerek o iş hakkında verilmiş bulunan hükmün kanun yolu muhakemesinde tetkikine ve hüküm tesis edilmesine iştirakine kanunî bir mani yoktur³⁶. Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de verdiği bir kararda³⁷ toplu mahkemelerde, üyelerden birisinin bazı delilleri toplamak üzere vazifelendirilmiş olmasını, o hâkimi sorgu hâkimi durumuna sokamayacağını kabul etmiştir. Adalet Bakanlığımız da yerinde bir mütalâası ile «İstinabe yolu ile delil toplanması, istinabe eden merciin göstereceği hususların şahit ve ehlihibre ile, diğer ilgili şahıslardan istizahından ve yine inabe eden merciin verdiği direktif dahilinde muayyen bazı tahkik muamelelerinin ifasından ibaret olup, inabe olunan hâkimin topladığı delillerin mahiyeti ve hukukî değerleri hakkında bir mütalâa beyanına selâhiyeti bulunmadığına göre; bir dâvada son tahkikatın açılmasına karar vermiş olan sorgu hâkiminin, o dâvaya müteallik son tahkikatın icrası sırasında istinabe yolu ile bazı tahkik muameleleri yapmasına CMUK. nun 22 nci maddesi hükmünün mani teşkil

33) *Erbs*, 28.; *KMR*, 43.

34) RG. 65/40, 2. CD. 8.12.1930.

35) *Schmidt*, 50.; *Schwarz*, 16/44.; *Löwe - Rosenberg*, 20/117.

36) *Schmidt*, 50.

37) RG. 30/400, 1. CD. 8.1.1898.

etmiyeceği ve esasen bu maddenin, istinabe işleriyle bir alâkası bulunmadığı mütalâa edilmektedir» demektedir³⁸. Bakanlığının bu mütalâası bazı müellifler³⁹ tarafından kabul edilmemekte ise de, biz mütalâanın kanunumuza uygun olduğu kanatındayız. Mevaz kanunun tatbikatı sebebiyle Alman Federal Mahkemesi de verdiği yeni bir kararında⁴⁰ sorgu hâkiminin yapmış bulunduğu münferit bazı delil telâkkisi halinde hükme iştirak edebileceği kabul edilmekte, sebep olarak, sorgu hâkiminin yaptığı bazı münferit delil telâkkisinin muayyen bir plân içinde icra edilemeyeceği hususu gösterilmektedir.

II. KISIM

§ V. CMUK. NUN 22 nci MADDESİNİN 2 nci FIKRASININ SEVK SEBEBİ

CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının gayesine uygun bir şekilde tatbik edilebilmesi için, bu hükmün sevk sebebinin bilinmesinde zaruret vardır. Hukukumuz gerek doktrin gerek tatbikatında iştirak edemediğimiz fikirlerin ileri sürülmesindeki sebep, kanunumuzun bu hükmünün sevk sebebinin kâfi derecede tetkik edilmemiş olmasındadır. Yukarıda 22 nci maddenin umumî olarak kabul sebebinde etraflıca temas ettiğimiz gibi, kanunumuzun bu hükmünün menşei müşterek hukuka dayanır. Ceza Muhakemeleri Usulü kanunlarında şifahilik ve delillerin hükmü tesis edecek olan mahkeme tarafından doğrudan doğruya telâkkisi prensibi kabul edilmeye başlandıktan sonradır ki, 22 nci maddenin 2 nci fıkrasına benzer hükümler sevkine ihtiyaç duyulmuş ve bu tip hükümler tatbikatta uygulanabilmiştir. İlk tahkikatı yapan hâkim, icra eylediği tahkikat ve topladığı deliller sebebiyle bahis konusu dâva hakkında bir kanaat ve ön hüküm sahibi olabilir. Şayet ilk tahkikatı yapmış ve yaptığı tahkikat sebebiyle bahis konusu dâva hakkında kanaat sahibi olmuş bulunan sorgu hâkimi dâvanın duruşmasına ve hükme iştirak ettirilirse, bu takdirde usul hukukumuzda mevcut doğrudan doğruya olma prensibi zedelenecektir. Gerçekten, işin ilk tahkikatını yapmış bulunan hâkim duruşma sırasında deliller ile doğrudan doğruya temas etmeyi fuzuli telâkki edecek veya iştirak eylediği mahkemede, işin bütün teferruatına vakıf olması sebebiyle diğer hâkimler

38) Ceza işleri, 4.11.1953, 34295, *Çağlayan*, 1966/226.

39) *Erem*, 100.

40) BGHSt. 9/233, NJW. 1956/1246-1247.

üzerinde kanaatını aşılacak ve onların mesele hakkındaki telâkilerine tesir yapabilmesi mümkün olabilecektir. Kanunumuzun bu hükmü, aynı dâvada hâkimin yaptığı bazı muamelelerin birbiri ile telif edilemeyeceği kaziyesinden hareket edilmek suretiyle kabul edilmiştir⁴¹. İşte, bu sebeptendir ki kanunumuzun mehazi olan hukuka 22 nci maddemizin 2 nci fıkrası hükmü girmiştir⁴².

Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi verdiği çeşitli kararları ile kanunumuzun mehazının bu hükmü sevk sebebini gerektiği gibi gayet güzel bir şekilde belirtmiş ve hangi hallerde memnuiyet olabileceğini göstermiştir. Bir hâkimin yaptığı tahkikat sebebiyle o işin duruşmasında bulunamaması, ancak tahkikat işlerini tasarladığı bir plân dairesinde yürütme imkânına malik olduğu zaman veya yürüttüğü hallerde mevcut olabilecektir. Bahis konusu dâvanın delillerini bir plân dahilinde bütünü ile toplamak imkânına sahip olmayan bir hâkimde memnuiyet olamaz⁴³.

Ancak, bu hususta kanunumuzun sisteminin mehazdan ayrıldığına da temas etmek gerekir. Mehaz kanun tahkikat hâkimi ile karar hâkimini yukarıda beyan ettiğimiz fikirlerin tesiri altında ayırmış, tahkikatı yapan hâkime karar vermek selâhiyetini tanımamıştır. Hukukumuzda ise, ilk önceleri mehaz kanun sistemi benimsenmiş ve ilk tahkikattan sonra, bu tahkikat safhasının kapanmasına mütedair kararların karar hâkimi tarafından verileceği kabul edilmişken, müessese kurulamadan kanundan çıkarılarak, tahkikat ve karar faaliyeti sorgu hâkimine verilmiştir. Bu sebeple, CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının sevk sebebinin prensiplerinden birisine riayet edilmemiştir. Hal böyle olunca, ilk tahkikatı yapan sorgu hâkimi son tahkikatın açılması kararını verebilmektedir. Kanunumuzun 22 nci maddesi bu şekil içinde mütalâa edilmek suretiyle, yalnız son tahkikatın açılması kararı vermiş bulunan sorgu hâkiminin duruşmaya ve hükme iştirak edebilip edemeyeceği hali tetkik edilmelidir.

§ VI. 22 nci MADDENİN 2 nci FIKRASININ TATBİKİNİN ÖN ŞARTI

I — Aynı Dâva Şartı :

CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik edilebilmesi için, yani ilk tahkikatı icra etmiş bulunan sorgu hâkiminin

41) *Löwe - Rosenberg*, 20/118.

42) *Hahn*, mat. I/89 ff.; *Glaser*, 113 ff. JW. 1930/925.; *Schmidt*, 50.

43) *Schmidt*, 50.

muhakemeden memnuiyetinin olması için, aynı «Dâvanın» ilk tahkikatını yapmış olması gerekir. Bu şart, yani gerek ilk tahkikatın mevzuunu teşkil eden gerek son tahkikata konu olan «dâva» aynı dâva olmalıdır ki, sorgu hâkimi yaptığı ilk tahkikat sebebiyle o dâvanın muhakemesinde bulunamasın. Alman tatbikat ve doktrininde aynı dâvadan neyin anlaşılması gerektiği hususunda birlik vardır, denilebilir. Tahkikatın mevzuu aynı olur ve aynı şahsa karşı icra edilirse, son tahkikat da bu fiil ve fail aleyhine yürütülürse, ilk ve son tahkikatı mevzu olarak almış bulunan «dâva»nın aynı olduğu kabul edilebilir. Alman Yüksek mahkemesi, verdiği bir kararında ⁴⁴ ilk tahkikatın mevzuu olan dâvadan, ceza muhakemesi ile muhakemenin mevzuunun aynı şey olduğunu belirtmiş fakat aynı kararın hüküm kısmında bu iki mefhum arasındaki tefriki yapmıştır. Bir kimse hakkında birden fazla muhakeme yapılabilir, fakat bu bir fiil hakkında olabileceği gibi, birden fazla fiil sebebiyle de olabilir. Bu sebeple aynı fiil mefhumu, aynı muhakeme mefhumundan farklıdır. CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik edilebilmesi için, aynı dâvanın, aynı muhakeme şeklinde değil, fakat CMUK. nun 257 ve 193 üncü maddesi kıstas ve prensipleri içinde, aynı fiil olması gerekir ⁴⁵. Bu tefrikin pratik faydası şurada olmaktadır: bir sorgu hâkimi birden fazla maznun hakkında açılmış bulunan âmme dâvasının kısmen ilk tahkikatını yapmış ve bunlardan birisi hakkında muhakemenin meni kararı verilmiş ise, bu sorgu hâkiminin diğer maznunlar için yapılan muhakemede CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası sebebiyle bulunamaması için, yaptığı ilk tahkikatta topladığı delillerin, bu maznunlar bakımından da tesir icra etmiş olması gerekecektir ⁴⁶.

II — CMUK. nun 22 nci Maddesinin 2 nci Fıkrasındaki «Dâva»nın Münferit Hâdiselerde Tetkiki :

Meselemizin tetkikine bir misal ile başlayalım. Bir hâkim o dâvanın ilk tahkikatını yaptıktan sonra, icra edilen muhakeme neticesi dâva kesin hüküm ile neticelenmiş olsa, aynı fiil sebebiyle ika-me edilen dâvanın duruşmasında bulunup, kesin hüküm sebebiyle

44) 62/314, 1. CD. 13.11.1928.

45) *KMR*, 44.; *Schwarz*, 16/45.; *Erbs*, 28.; *Dalcke - Fuhrmann - Schaefer*, 1400.; *Schmidt*, 52.

46) *Löwe - Rosenberg*, 20/119.; *RG*. 54/317, 2. CD. 23.4.1920.

dâvanın takibinin mümkün olamayacağına mütedair karar ittihaz etse, bu karara iştirak eden hâkim CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası sebebiyle memnuiyeti haizdir⁴⁷. Çünkü burada kesin hüküm ile nihayetlenmiş bulunan dâvanın fail ve fiili aynı olması sebebiyle kesin hüküm teessüs etmiştir ve aynı dâva olarak kabul edilecektir. Bahis konusu hâdisede, işin ilk tahkikatını aynı şahsa karşı ve aynı fiil sebebiyle yapmış olan sorgu hâkimi, aynı fiili tabî bir hâdise olarak tetkik etmiş ve neticede, meseleyi menfi bir şekilde halletmiş yani kesin hükmün mevcut olduğunu belirtmiş olsa dahi, CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre bu dâvanın muhakemesinde bulunamaması gerekmektedir.

Buna karşı, sorgu hâkimi ilk tahkikatı aslî fail hakkında yapsa ve daha sonra hakkında hiç tahkikat yapmamış bulunan ferî fail hakkında son tahkikat açılmış bulunsa, bu halde bu sorgu hâkiminin o işin muhakemesinde bulunmasında ve verilecek hükme iştirak etmesinde memnuiyeti bahis konusu olamaz; çünkü burada sorgu hâkiminin ilk tahkikatı yaptığı tabî hâdise, yani fiil aynı ise de, fail aynı değildir⁴⁸. Sorgu hâkiminin bu halde memnuiyetinin kabul edilmesi ve bitaraflığını şüpheye düşürücü bir halinin mevcudiyetini kabule imkân yoktur. Şayet, bu gibi hallerde bir hâkimin dâvaya bakamaması kabul edilirse, birbirine benzer fiillerde, bir defa hüküm tesis etmiş bulunan hâkimin, bundan sonraki muhakemelerde de bitaraflığının şüpheye düşmüş olacağından bahis ile o işlerde de bulunmasına mani olunabilecektir⁴⁹.

Şu vereceğimiz misalde ise, işin ilk tahkikatını yapmış bulunan sorgu hâkimi, o dâvanın muhakemesinde bulunamaz: Sorgu hâkimi, iştirak sebebiyle işlenmiş bir suçta aslî fail hakkında ilk tahkikatı yürütmüş ve daha sonra diğer aslî fail hakkında da dâva açılmış ise, daha sonra yapılacak muhakemeye ve hükme iştirak edemeyecektir; çünkü, sorgu hâkimi hernekadar ilk tahkikatı şeriklerden birisi hakkında yapmış ise de, yaptığı tahkikat bahis konusu olan fiile ve tabî olarak diğer faile de teşmil edileceğine ve sorgu hâkimince tebellür edecek olan kanaat her iki fail hakkında da olacağına göre, ilk tahkikatı yapmadığı fail için de memnuiyet sebebinin olduğu kabul edil-

47) Löwe - Rosenberg, 20/119.; Cuno, 36.; JW. 1913/1002.; Beling, JW. 1929/1037.

48) RG. 54/317, 2. CD. 23.4.1920.

49) Cuno, 37.

melidir⁵⁰. Yukarıda tetkik etmiş olduğumuz sebepler dolayısıyla, Yüksek Mahkememizin verdiği «Hükme katılan hâkimlerden N. B., bu dâvada son soruşturmanın açılmasına karar veren veya soruşturmayı yapan hâkimlerden değildir. Halbuki, usulün 22 nci maddesinde anılan dâvaya bakmaktan yasaklılık sebebi, bir hâkimin aynı dâvanın bir safhasında hâkim olarak esasa ilişkin görüşünü belirttikten sonra, o dâvanın başka safhasında hâkimlik edememesi amacıyla konulmuştur ve kanunda sınırlandırılarak ve sayılarak bildirilen hâkimlikten yasaklılık sebepleri genişletilerek yorumlanamaz. Adı geçen hâkimin başka bir dâvada son soruşturmanın açılmasına ilişkin kararda, şimdiki dâvanın temeli olan olaylar üzerinde, sanık F. S. e karşı düşünce yürütmüş bulunması, olsa olsa bir hâkimi red sebebi meydana getirebilir. Hâkim reddi isteğinin ise açık ve yazılı olması gerektiği, usulün 25 inci maddesi hükümlerindedir...»⁵¹ şeklindeki kararın, aynı dâvadan neyin anlaşılması gerektiğini tesbit eden ve yalnız bu kısma değinen görüşüne tamamen iştirak etmekteyiz.

Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin diğer bir kararında, 22 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki bakımından yerinde bir prensip vazedilmiştir: Yedi maznun hakkında açılan âmme dâvasında ilk tahkikatı icra eden sorgu hâkimi, ilk tahkikatı doğrudan doğruya (St.) ve (K.) isimli şahıslar hakkında yürütmüş, fakat bunlar daha sonra meni muhakeme kararı almışlardır. Bundan sonra diğer maznunlar hakkında yapılmakta bulunan son tahkikatta muhakemenin meni kararının verildiği şahıslar bulunmasa dahi, bunlar hakkında ilk tahkikatı yapmış bulunan sorgu hâkiminin işin duruşmasında bulunması ve hükme iştirak etmesi mümkün olmamalıdır; çünkü, sorgu hâkiminin yaptığı ilk tahkikatta hernekadar haklarında son tahkikat açılmamış bulunan kimselere teşmil edilmemişse de, bunların da fiilleri tahkikatı gerekmiş ve sorgu hâkiminin yaptığı tahkikatta, bunlara da şâmil olarak bir kanaat sahibi olmuş bulunduğu kabul edilebilir; çünkü, sorgu hâkiminin yaptığı tahkik muamelesi muayyen bir fiil sebebiyle ve muayyen bir plâna göre icra edildiğinden, ilk tahkikat yapılmamış olan kimselerin fiilleri de dolayısıyla tetkik konusu edilmiş ve sorgu hâkimi bu kimseler için de bir kanaat sahibi olmuştur⁵².

50) RG. 54/317, 2. CD. 23.4.1920.

51) C.U.H. 10.9.1963, 5/5, Çağlayan, 1966/230.

52) Cuno, 38.

Yukarıdan beri vermiş bulunduğumuz misaller ve Yüksek mahkemenin kararlarından çıkardığımız netice şudur: CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik edilebilmesi için, ilk tahkikattaki fiilin ve failin son tahkikatta da aynı olması aranacaktır. Ancak bu halde sorgu hâkiminin bitaraflığının şüpheyeye düşmüş olacağından ve doğrudan doğruya delillerin muhakemede değerlendirilme prensibinin zedeleneceğinden bahsetmek mümkündür. Buna karşı, aynı şahsa karşı ilk tahkikat başka bir fiil için yapılmış veya aynı fiil sebebiyle başka bir maznun hakkında ilk tahkikat icra edilmiş veya başka bir fiil sebebiyle başka bir maznun ilk tahkikatın konusunu teşkil etmiş ise, bu halde CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbikine imkân olmayacaktır.

III — Birbiri İle Alâkalı Fiiller Sebebiyle 22 nci Maddenin Tatbik Sahası :

Maznun birden fazla suç işlemiş ve bunlardan yalnız bir tanesi hakkında ilk tahkikat icra edilmiş ise, yalnız bu işin ilk tahkikatını yapmış bulunan hâkim, bu dâvanın muhakemesinde bulunamayacaktır. Ancak, failin birden fazla suçu sebebiyle ve CMUK. nun 2, 5 ve 12 nci maddeleri sebebiyle birleştirilip birlikte görüleceğine göre, bu halde suçlardan yalnız bir tanesi bakımından memnuiyeti olan yargıcın diğer suçlar sebebiyle yapılacak muhakemeye iştirak edemeyeceği, mehzaz kanununun tatbikatı bakımından belirtilmiştir. Gerçekten, bu hukukta, irtibat sebebiyle birleştirilmiş dâvalarda mahkeme bunların hepsine birden karar vermek durumundadır⁵³. Alman tatbikatı bakımından yerinde olan bu halin hukukumuzda uymadığını belirtmek isteriz. Kanaatımızca, bir maznun hakkında ikame edilen dâvalardan yalnız bir tanesi için memnuiyeti olan hâkimin diğer dâvalar bakımından da memnuiyetinin olduğu kabul edilemez. Hukukumuzda cezaların içtimaı bakımından toplama sistemi carî olduğuna göre, her suç müstakil varlığını yalnız infaz bakımından ve içtimada kaybedecektir. Şayet hukukumuzda da hukukî içtima sistemi, eskiden olduğu gibi, kabul edilmiş olsa idi, verilecek cezaların birbirine olan tesiri muvacehesinde meselenin Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin hal tarzı gibi çözülmesi mümkün olabilirdi. Bu sebeple, şahsî irtibat dolayısıyla bir mahkemede görülen dâvalardan

53) *Schmidt*, 52.; *Cuno*, 39.; RG. 57/248, 3. CD. 19.2.1923.; *Löwe - Rosenber*, 20/119.

yalnız bir tanesi için memnuiyeti olan hâkimin, diğer suçlar bakımından memnuiyeti yoktur. Cezaların toplanması halinin de memnuiyet içinde mütalâa edilemeyeceğini zannediyoruz; çünkü cezaların toplanması duruşmaya iştirak veya hüküm tesisi olarak kabul edilemez.

Bir suç sebebiyle birden fazla maznun mevcut ise ve sorgu hâkimi bu maznunlardan yalnız bir tanesi hakkında ilk tahkikatı yürütmüş ise, yukarıda belirttiğimiz gibi, diğer maznunlar hakkında da yapılan son tahkikat safhasına iştirak edemez. Buradaki fiilî irtibat dolayısıyla ve fakat birden fazla olan maznunlar hakkında birlikte muhakemenin icrası gerekçesine göre, bir fail ve aynı fiil hakkında ilk tahkikatı yapmış bulunan sorgu hâkiminin ön hüküm sahibi olmadığı kabul edilemez⁵⁴.

Eğer suç teşkil eden fiillerde gerek şahsî gerek fiilî bir irtibat yoksa, bu suçlardan bir tanesi hakkında yapılmış bulunan ilk tahkikatta, bu tahkikatı yürütmüş bulunan hâkimin diğer fiilin muhakemesinde bulunmasına kanunî bir mani yoktur. İrtibat halinin mevcut olup olmadığı ise münferit hâdiselerin durumuna göre tesbit edilebilir⁵⁵.

IV — Suçların İçtimainda Durum :

Sorgu hâkimi suçların içtimaı içinde incelenmekte olan bir suçta bu suçlardan bir tanesi hakkında ilk tahkikatı yapmış ise, içtima halinde bulunan diğer suçlar sebebiyle ilk tahkikatın yapılmadığı halde dahi, içtima halinde bulunan bu suçun muhakemesinde bulunamaz ve hükme iştirak edemez. Müteselsil suçu meydana getiren halkanlardan bir veya birkaçı hakkında ilk tahkikatı yapan sorgu hâkimi o dâvanın muhakemesinde bulunamayacaktır⁵⁶. Meselâ, mürekkep suç halinde içtima etmiş bulunan mesken masuniyetini ihlâl ve hırsızlıkta, sorgu hâkimi yalnız mesken masuniyetini ihlâlde ilk tahkikatı yapmış ise, daha sonra işin meskende hırsızlık olarak vasıflandırılması halinde o işin duruşmasında bulunamayacaktır. Buna karşı sorgu hâkiminin yaptığı ilk tahkikata taallûk eden suç se-

54) *Schmidt*, 52.; *Löwe - Rosenberg*, 20/119.; *Cuno*, 39.; RG. 54/317, 2. CD. 23.4.1920.

55) RG. 54/316, 2. CD. 23.4.1920.

56) *Cuno*, 40.

bebiyle dâva açılmamış ve bu fiil dâva konusu yapılmamış ise, bu halde iki suçun, suçların içtimalı kaidesi içinde mütalâa edilmesi, sorgu hâkiminin, bu suçlardan birisi hakkında son tahkikatın açılmadığı halde, diğer suçun duruşmasında bulunabilir; çünkü bu suç hakkında ilk tahkikat yapılmamıştır⁵⁷. İştirak ettiğimiz bu fikre hukukumuz bakımından bir misal bulmak istersek, mürekkep suçta, mürekkep suçun birbiri bakımından unsur olarak telâkki edilebilen bir şeklini misal olarak gösterebiliriz. Meselâ, Ceza kanunumuzun 495 inci maddesine göre yağma suçu bir mürekkep suçtur. Sorgu hâkimi cebir şiddet ve hırsızlık suçlarından meydana gelmiş bulunan yağmada, unsur suçlardan yalnız birisi hakkında, meselâ, hırsızlık hakkında ilk tahkikatı yaptıktan sonra bu suç sebebiyle son tahkikatın açılması cihetine gidilmemiş ise, sorgu hâkimi, diğer unsur suç olarak kabul edilmiş bulunan hırsızlıkta o işin duruşmasına iştirak edebilecektir. Bu halde sorgu hâkiminin ön yargı sahibi olabileceği düşünülemez gibi, tetkik etmiş bulunduğumuz halde, unsur suçlar birbirinden tamamen müstakil bir şekilde tezahür edebilmektedirler⁵⁸.

§ VII. 22 nci MADDENİN 2 nci FIKRASININ TATBİKİ

1 — İlk Tahkikatın Açılması Kararı :

Sorgu hâkiminin ilk tahkikatın açılması kararını vermiş olması halini iki kısma ayırarak incelemek mümkündür.

1 — *Yalnız ilk tahkikatın açılması kararının verilmesi.*

Âmme dâvası CMUK. nun 163 üncü maddesine göre ilk tahkikat talep edilmek suretiyle açılmış ise, sorgu hâkimi CMUK. muzun 177 nci maddesine göre ilk tahkikatın açılmasına karar verecektir. Bu halde, yani sorgu hâkiminin ilk tahkikatın açılmasına mütedair kararı istihsal ettikten sonra ilk tahkikatın yapılmasında herhangi bir faaliyeti olmadığı takdirde o işin muhakemesinde bulunabilmeli midir? Bu hususta hukukumuzda değişik fikirlerin ileri sürüldüğünü görüyoruz. *Erem*⁵⁹, «İlk tahkikatı açma kararının memnuniyet

57) *Feisenberger*, Md. 23, Not 12 b, *Cuno*, 41 den naklen.

58) Aynı kanaat, *Cuno*, 41.

59) S. 100.

doğurmayacağı kanaati isabetli değildir. Zira bu kararı vermek kanun nazarında - bak. 177 - hususî bir ehemmiyeti haizdir» demek suretiyle ilk tahkikatın açılış kararını verilmiş olmasını CMUK.nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası sebebiyle memnuiyet olarak kabul eder. *Kantar*⁶⁰ ise aksi kanaattadır. Mehzaz kanun hakkında tebellür eden doktrinde ise⁶¹ bu halin memnuiyet sebebi olamayacağı hususunda ittifak edilmektedir. Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de ilk tahkikatın açılması kararının verilmiş olması halinde, sorgu hâkiminin 22 nci maddenin 2 nci fıkrası kapsamına girmediğini içtihat etmiştir⁶².

Kanaatımızca, ilk tahkikatın yalnız açılması kararının verilmesi halinde sorgu hâkiminin o işin muhakemesinde bulunamayacağı görüşüne iştirak edilemez. *Erem*, bunun sebebini CMUK. muzun 177 nci maddesinde görmektedir. Bizce, aynı sebep dolayısıyla aksi fikre varmak icap eder. CMUK. muzun 177 nci maddesine göre ilk tahkikat sorgu hâkimi tarafından açılacak ve yapılacaktır. Kanun burada ilk tahkikatın «açılması» ve «yapılması» nı ayırmak suretiyle bu iki mefhuma ayrı değerler vermiş olduğunu göstermektedir. CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası ise sarahatle «... ilk tahkikatı yapmış...» olan sorgu hâkimin de memnuiyet sebebinin olduğunu göstermektedir. İlk tahkikatın açılması, yapılması olamayacağına göre, bu halde sorgu hâkiminde memnuiyet halini müşahade etmek kanunun sarih hükmüne de muhaliftir. Sorgu hâkimi talep olunan ilk tahkikatta iki hususu birbirinden tefrik etmek suretiyle fonksiyonda bulunacaktır. Her halde sorgu hâkimi ilk tahkikat talebinde, ilk tahkikatın açılmasına karar verecek ve bu karar selâhiyeti yalnız sorgu hâkimine ait olacaktır. Bahis konusu olan fiil ile alâkalı başka bir suç için de ilk tahkikat yapılması talep olundukta veya fiil ile alâkalı başka bir şahıs hakkında da ilk tahkikatın icrası talep olundukta, sorgu hâkimi devam etmekte olan ilk tahkikat sebebiyle, bu fiil ve fail hakkında yeniden bir ilk tahkikatın açılması kararı vermeğe mecburdur. Bu mülâhazalar göstermektedir ki, ilk tahkikat kısmında ilk tahkikatın «açılması» ve «yapılması» birbirinden tamamen müstakildirler. CMUK. muzun memnuiyet içinde mütalâa ettiği sorgu hâkimi ise, ilk tahkikatın yalnız açılmasına

60) *Kantar*, 43.

61) *Schmidt*, 50.; *Schwarz*, 16/45.; *Löwe - Rosenberg*, 20/118.; *Glaser*, II/115.; *Lüdtke*, 48.; *Kohlrausch*, 1935/111.; *Erbs*, 28.

62) JW. 1923/19, RG. 26.9.1922.; RG. 9/285, 3. CD. 3.12.1883.

karar veren değil, fakat onu yapandır. Kanunumuzun sevk sebebi, ilk tahkikatı yapmış olan hâkimin mesele hakkında bir kanaat sahibi olması esasına dayanır. Yoksa ilk tahkikatın yalnız açılmasına karar vermek hali, bahis konusu meselenin bütünü hakkında bilgi ve kanaat sahibi olma neticesini tevhit edemez.

2 — *İlk tahkikatın açılması kararı ile birlikte maznunun mevkufiyet halinin devamına da karar verilmiş olması :*

İlk tahkikatın açılması talebi karşısında sorgu hâkimi hem ilk tahkikatın açılması ve hem de CMUK. nun 112 nci maddesine göre mevkufiyet halinin lüzumlu olup olmadığını tetkik edip lüzumuna karar vermiş ise, o işin muhakemesine bakabilip bakamayacağı da tetkik edilmelidir. Meselenin hallinde hareket noktası elbetteki, mevkufiyet halinin devam edip etmeyeceği hususunda verilecek kararın mahiyeti olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, sorgu hâkimi ilk tahkikatı yaptığı takdirde o işin duruşmasında bulunamayacaktır. Burada mevkufiyet halinin tetkikinin mahiyeti, ilk tahkikatın icrası mahiyetinde telâkki edilebilir mi? Bu hususta iki fikrin ileri sürülmesinde olduğuna müşahade etmekteyiz. Birinci fikre göre⁶³ mevkufiyet halinin devamına lüzum olup olmadığı meselesi karşısında sorgu hâkimi, muayyen bir karar vermek mecburiyetinde olması ve bir formülü doldurup imza etmek durumunda olmaması sebebiyle, bahis konusu hâdisede failin kusurunu, kaçma şüphesinin mevcut olup olmadığını ve delilleri karartma şüphesinin mevcut bulunup bulunmadığını tetkik edecektir. Bu faaliyet, sanki hâkimi tevkif kararı veriyormuş durumuna sokacaktır. İlk tahkikatın açılması ve mevkufiyet halinin devamına karar vermek durumu, o sorgu hâkimini o işin duruşmasına bakmaya memnu hale getirir.

Buna karşı olanlar ise⁶⁴ ilk önce tevkif hükümlerinin ayrı bir fasılda tanzim edildiğini, ilk tahkikatın açılması ile herhangi bir münasebette bulunmadığını ileri sürmek suretiyle şekli bir noktadan hareket ederler. Sorgu hâkimi CMUK. nun 124 üncü maddesine göre, ilk tahkikatın yapılması sırasında maznunun tevkifine daima karar verebilir. Fakat bu karar, yalnız olarak hiç bir zaman ilk tahkikatın yapıldığı şekilde kabul edilemez. CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası, ilk tahkikatın yapılmış olması halinde tatbik edi-

63) *Glaser*, II/113 ve müt.

64) *Schwarz*, 16/45.; *Erbs*, 28.; *Löwe - Rosenberg*, 20/118.

lecektir. Maznunun mevkufiyetinin devamına karar vermiş bulunan sorgu hâkiminin durumunu ise ilk tahkikatı yürütmüş olan sorgu hâkimi ile mukayeseye imkân yoktur. Mevkufiyetin devamına karar veren hâkim, bahis konusu meseleyi sathî bir tetkike tâbi tutmakta, ilk tahkikatı yürüten sorgu hâkimi gibi, hâdise ile ilgili bütün delilleri ve hâdisenin bütün inceliklerine vakıf olamamaktadır. Hernekadar burada failin kusurunun derecesi hakkında da bir kanaat sahibi olunmakta ise de, önceden bir hüküm sahibi olma hali kaide olarak yoktur ve mesele hakkında basit bir muhakeme sebebiyle varılan kanaat dahi kati olmayıp her zaman değiştirilebilmektedir. Bu sebeple ilk tahkikatı açan ve bu arada mevkufiyet halini de tetkik eden sorgu hâkimi işin duruşmasında bulunabilecektir. Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi de mesele hakkında bu şekilde içtihad etmiştir⁶⁵. Yüksek mahkeme bu içtihadında şu sebepleri ileri sürmektedir: Sorgu hâkimi mevkufiyetin devamına karar verirken ilk tahkikatı yapmış olamaz. Mevkufiyetin devamına karar veren sorgu hâkiminin o işin duruşmasında bulunamayacağına dair herhangi bir hüküm kanunda yoktur. Sorgu hâkiminin mevkufiyetin devamına karar vermesi, kanunun aradığı teknik mânada onu sorgu hâkimi yapmaz. Hukukumuzda *Kantar*⁶⁶ yukarıda izah ettiğimiz halde memnuiyetin bahis konusu olamayacağı kanaatındadır. *Erem* ise⁶⁷ aksi kanaattadır.

Yüksek mahkememizin tetkik ettiğimiz bu husus hakkındaki kanaatını belirten bir kararına tesadüf edemedik. Ancak, «Hâkim muavini, sulh ceza mahkemesinde maznunların sorgularını icra ederek ihsası rey mahiyetinde esbabı mucibe beyaniyle tevkif kararı vermiş olduğuna göre, duruşmada hâkimler arasında bulundurularak hükme iştirak ettirilmiş olması yolsuzdur» şeklinde 1. CD. 26.8. 1944 tarih ve 1881/1951 sayı ile içtihad etmiştir⁶⁸.

Kanaatımızca Yüksek mahkememizin kararı üç bakımdan kabul edilemez. Evvelâ, hazırlık tahkikatı sırasında tevkif kararını veren hâkimin tevkife esas olarak göstermiş bulunduğu sebepleri, dâvanın bu kesimi bakımından mütalâa etmeli ve son soruşturma için dahi ihsası rey beyan ettiği ileri sürülememelidir. Bundan baş-

65) RG. 1. CD. 13.12.1927.; JW. 1928/1144.

66) s. 43.

67) s. 100.

68) *Çağlayan*, 1966/231.

ka hâkim, ihsası rey halinde CMUK. nun 25 inci maddesine göre usulüne uygun olarak reddedilebilir ve bunun için red keyfiyeti şarttır. Yani, bu hal iudex inhabilis değil, iudex suspectus'tur. Esas karara iştirak edemediğimiz husus, hazırlıktaki sulh hâkimi ile ilk tahkikattaki sorgu hâkimini aynı mahiyette telâkki ederek, CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının kıyasen sulh hâkimi için de tatbiki gayret edilmesidir. Muhakeme hukukunda kıyas olabilir. Fakat bu, kanunun prensip ve gayesine uygun olarak yapılmalıdır. CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının sevk sebebi, işin ilk tahkikatını dâvanın esaslı sayılabilecek muameleleri bakımından yapmış bulunan sorgu hâkiminin, o dâvanın muhakemesine iştirak edilmemesi için vazedilmiştir. Sulh hâkimi bakımından maddenin tatbikine imkân yoktur. Gerçekten, ileride etraflı bir şekilde temas ettiğimiz üzere, ilk tahkikatın icrası sulh hâkimine devredildiği takdirde, sulh hâkimi sorgu hâkimi olarak 22 nci madde bakımından mütalâa edilebilir. Bunun dışında, bazı münferit delil telâkkisi bakımından vazifelendirilmiş olan sulh hâkiminin yapmış bulunduğu bu faaliyet onu sorgu hâkimi durumuna sokamaz ve 22 nci maddenin 2 nci fıkrasında tatbiki bahis konusu olamaz. Hal böyle olunca, henüz ilk tahkikat dahi yapılmadan, işin hazırlık tahkikatı sırasında maznunun sorgusunu yapan ve tevkif kararı veren sulh hâkimini, dâvanın delil safhasını muayyen bir plân dahilinde yürütüp, bahis konusu olan dâva hakkında bir ön hüküm sahibi olduğu dahi iddia edilemeyecektir.

II — Talepnamenin Reddi Kararı :

İlk tahkikatın açılması hususunda C. Savcısının talebini alan sorgu hâkimi bunu CMUK. nun 173 üncü maddesindeki sebeplerle reddetmiş ise, bu faaliyetinin o işin muhakemesine bakamayacağı şekilde bir memnuiyet meydana getirip getiremeyeceği de ehemmiyet arzeder. CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik edilebilmesi için, sorgu hâkiminin ilk tahkikatı yapmış olması şartı arandığını tesbit etmiş olmamız sebebiyle, bu hususun gerçekleşip gerçekleşmediğini tâyin etmemiz gerekir. İlk tahkikat talebinin reddine karar veren hâkimin ilk tahkikatı yaptığı kabul edilemez; esasen ilk tahkikat talebi reddedildiğine göre ortada ilk tahkikat yoktur ki, bunun yapılması mümkün olabilsin. Bir hâkimin, sorgu hâkimi olarak vazife görmesi, ilk tahkikat bakımından kendisine ya-

pılan taleplerde onu CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası içinde mütalâa etme neticesini tevhit edemez⁶⁹.

III — Maznunun İlk Sorgusu :

Sorgu hâkimi ilk tahkikatın açılmasına karar verdikten sonra maznunun yalnız sorgusunu yapmış ise, durum ne şekilde halledilecektir? Yüksek mahkememiz bu husus hakkında verdiği yeni bir kararında şu şekilde içtihat etmiştir: «İlk tahkikatta yazılan talimat üzerine, sanıkların ifadeleri alındığından ilk tahkikatı yapan hâkim durumuna girmiş olan Keban sulh hâkimi H. E. in son tahkikatta da duruşmaya iştiraki tazammun eder mahiyette istinabe ile tanıkların ifadelerini almış olması itibariyle, CMUK. nun 22 nci maddesi ihlâl edilmiş bulunduğundan, sair cihetler incelenmeksizin hükmün bu sebeple bozulmasına.. oybirliğiyle karar verildi»⁷⁰. Kanaatımızca Yüksek mahkememizin içtihadına iştirak etmek mümkün değildir. Hernekadar mehzaz hukukta da bazı müellifler, maznunun ilk tahkikatta yapılması gerekli olan sorgusunun icra edilmesini memnuiyet sebebi olarak mütalâa etmekte iseler de⁷¹ biz diğer görüşü müdafaa eden müelliflerin⁷² fikrine iştirak etmekteyiz. Gerçekten maznunun yalnız sorgusunu icra etmiş bulunan hâkimin CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre ilk tahkikatı yapmış olan hâkim olarak telâkki edilmesine imkân yoktur. İlk tahkikat açıldıktan sonra, kendisine sevk olunan maznunun sorgusunu yapan hâkim ilk tahkikat hâkimidir, fakat CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki, ilk tahkikatı yapan hâkim değildir. Sorgu hâkiminin ilk tahkikatı yapmış olabilmesi için, bir hâdiseyi muayyen bir derecede de olsa aydınlatmak için faaliyette bulunmuş olması lâzımdır. Sorgu hâkimi maznunun sorgusundan sonra delil telâkkisi cihetine gideceğine göre, ilk sorgu muayyen bir hâdisenin aydınlatılmasına yardım etmeyecek, hattâ, ilk sorgudan sonra delil telâkkisi maznunun tekrar sorgusunun yapılmasını gerekli kılmakta ise, tekrar sorgusu icra edilecektir. Bu sebeple ilk tahkikatın açılması kararının verilmesinden sonra maznunun sorgusunu yapan hâkim, CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki memnuiyet içinde mütalâa edi-

69) *Schmidt*, 51.

70) *Çağlayan*, 1966/228.

71) *Schmidt*, 50.

72) *Cuno*, 27.

lemeyecektir. Ancak, durum aksine olmuş, sorgu hâkimi muayyen bir mevzuda kanaat sahibi olarak bu hususun aydınlatılması için maznunun sorgusunu yapmakta ise, CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre işin muhakemesinde bulunamayacaktır; çünkü bu hal o hâkimin işin ilk tahkikatını yapmış olarak telâkki edilmesi için kâfidir.

IV — Delil Telâkkisi İhtiyacı :

CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik edilebilmesi için, yani ilk tahkikatın yapılmış olduğunun kabul edilebilmesi için, ilk tahkikat muamelelerinin bizzat sorgu hâkimi tarafından yapılmış olması şart değildir. Sorgu hâkimi ilk tahkikatın açılmasına karar verdikten sonra, bu tahkikat safhasının muayyen bir plân dahilinde yürütülmesini tesbit etmiş ve bazı delilleri kendisi toplamış bazılarını da, kanaatına göre dâva ile alâkalı telâkki etmesi sebebiyle, başka mercilere toplatmış olsa dahi, yine ilk tahkikatı icra etmiş olarak kabul edilecektir. Sorgu hâkimi hakikati tesbit veya herhangi bir hususun hakikat ile alâkası bulunmadığını tâyine elverişli delillerin araştırılması veya toplanması cihetine gittiğinde, bu hal maznuna istinad edilen fiil hakkında kanaat sahibi olmasını tevhit eyleyeceğinden, mesele ile bitarafliğini şüpheye düşürecek derecede temas etmiş olması sebebiyle, o dâvanın muhakemesine iştirak edemeyecektir. Beyan ettiğimiz gibi, CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik edilebilmesi için ilk tahkikatın tamamen yapılmış olması da şart değildir. Bu tahkikat safhasının bir kısmını icra etmiş bulunan sorgu hâkimi, tahkikatı muayyen bir plân dahilinde yürütmüş ise, o muhakemenin duruşmasında bulunamayacaktır. Ancak, bu memnuiyetin kabul edilebilmesi için, ilk tahkikat safhasının öyle bir kısmı icra edilmiş olmalıdır ki, bu kısım, ilk tahkikatın icra edildiği şekilde telâkkiye müsait olacak derecede ehemmiyetli olmalıdır. Gerçekten, sorgu hâkiminin bahis konusu faaliyeti, ön yargı sahibi olabileceği derecede meselenin bir kısmına taallük etse dahi, esaslı olmalıdır. Meselâ, sorgu hâkimi tevkif kararı vermesi veya maznunun celpname ile daveti veya maznunun herhangi bir talebinin kabulü yalnız başına 22 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbik edilmesine imkân vermezse de, buna karşı delillerin mevcut durumu karşısında maznunun sorgusunun muayyen bir

plân dahilinde yapılmış olması CMUK. nun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbikini gerektirebilir ⁷³.

V — Delil Telâkkisi Mevzuunda Karar Vermek :

İlk tahkikat açıldıktan sonra, dosya münderecatına göre muayyen bir delilin telâkkisi için karar ittihaz eden sorgu hâkiminin durumunda CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik edilebilip edilemeyeceği hususunda doktrinde ihtilâf vardır. Bazı müellifler ⁷⁴ bu halin memnuiyet sebebi olduğu kanaatındadırlar. Bunlara göre, dosya münderecatına göre bir bilirkişinin daveti ilk tahkikatın yapılması mahiyetinde telâkki edilmelidir; çünkü, bilirkişinin davetine karar verilmesi dosya münderecatına göre olabilir. Aksi kanaatta olan müelliflere göre ⁷⁵ bu hal memnuiyet sebebi olamaz. Sorgu hâkiminin mevcut dosyayı tetkik etmiş olması onun CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre ön hüküm sahibi olmasını gerektirmez. Gerek dosyanın durumu gerek diğer sebepler dolayısıyla muayyen bir mesele hakkında bilirkişi tetkikatına karar vermek veya diğer başka bir delil telâkkisi cihetine gitmek 22 nci maddenin ikinci fıkrasına göre ilk tahkikatın *icrası* değildir. Ancak, delil telâkkisinden sonra bu delillerin değerlendirilerek veya bilirkişi tetkikatı ve rapor üzerine sorgu hâkimi muayyen bir durumun aydınlatılması için bir muamelede bulunursa, ancak bu halde ilk tahkikatı icra etmiş olarak kabul edilebilir.

VI — CMUK. nun 184 üncü Maddesine Göre Yapılan Muameleler:

İlk tahkikat sırasında bu tahkikatın talepnamelede zikredilmemiş olan bir şahıs veya suça teşmil edilmesi iktiza etmekteyse, sorgu hâkimi acele hallerde icap eden tahkik işlerini kendiliğinden yapacaktır. Bu halde, tahkikatı yapmış bulunan sorgu hâkiminin memnuiyeti olup olmadığı da tetkik edilmelidir. Bu hususta doktrinde ittifak yoktur. Bazı müellifler ⁷⁶ bu halde sorgu hâkiminin yaptığı

73) RG. 18/269, 1. CD. 6.12.1888.; RG. 21/285. 1. CD. 15.1.1891.; Löwe - Rosenberg, 19/121.

74) Glaser, II/113

75) Cuno, 27, 28.

76) Cuno, 30.

muameleleri CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası içinde mü-talâa etmezler. Çünkü bu tahkik muamelelerini ilk tahkikat olarak kabul etmeğe imkân yoktur. Bunlar, CMUK. nun 158 inci maddesinde gösterilen ve meşhut suçlar ve tehirinde mazarrat bulunan hal-lerde sulh hâkiminin lüzum görülen tahkik muamelelerini resen yapabileceği hakkındaki hükümler ile mukayese edilebilecektir. Aksi kanaatta olanlar ise ⁷⁷ bu halde, hâkimin maznuna isnat olabilecek olan suçu doğrudan doğruya ve kendi kanaatına göre yaptığı bir plân dahilinde ve herhangi bir hâkimin talebi ve isteği ile bağlı olmayarak tetkikat yapmakta ve maddî meseleyi muayyen bir şekilde ortaya koyabilmekte olduğu hususunu gösterirler.

Alman Yüksek mahkemesinin de bahis konusu halde kararı değişik olmuş, bir tip kararında ⁷⁸ bu halde olan sorgu hâkiminde mem-nuiyet sebebi müşahade etmemiş, diğer tip kararlarında ⁷⁹ CMUK. nun 184 üncü maddesine göre yapılan muameleler sebebiyle sorgu hâ-kiminin o işin duruşmasında bulunamayacağını içtihat etmiştir.

VII — Tevkife İtiraz Kararının Terviç Edilmesi :

İlk tahkikat sırasında maznun hakkında verilmiş bulunan tev-kif kararına karşı maznunun itirazı üzerine tevkifin kaldırılmama-sına mütedair sorgu hâkiminin vermiş bulunduğu kararının ilk tah-kikatı icra olup olmadığı da incelenmelidir. Sorgu hâkiminin verdiği karar ilk tahkikatın icrası mahiyetinde telâkki edilemeyeceğine gö-re, bu halde 22 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki düşünüle-meyecektir ⁸⁰. Aynı şekilde, ilk tahkikatı yürütmekte olan sorgu hâkimi tahkikatın bir yerinde talepnamelede gösterilmemiş bulunan bir suç ve suçlu ile karşılaşırca, CMUK. nun 184 üncü maddesine göre, ace-le hallerde icap eden tahkik işlerini kendiliğinden yapacak ve mü-teakip işlerin icrası C. Savcısına ait olacaktır. Sorgu hâkimi bu hal-de ilk talepnamelede gösterilmeyen suç ve suçlu hakkında CMUK. nun 172 ve 184 üncü maddesine göre ilk tahkikatın tevsininin talep edi-lip edilmemesine mütedair karar vermek için dosyayı C. Savcısına gönderirse, sorgu hâkiminin yaptığı yalnız bu muameleler, yeni iş

77) *Erbs*, 28.; *Löwe - Rosenberg*, 20/118.; *Schmidt*, 50.

78) RG. 62. 314, 1. CD. 13.11.1928.

79) RG. 68/375, 4. CD. 26.10.1934.

80) *Löwe - Rosenberg*, 19/121.

için hakkında 22 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbikini gerektirmeyecektir. Çünkü, sorgu hâkimi bu halde yeni iş için ilk tahkikat yapmamaktadır ve bu iş için henüz ilk tahkikat da açılmamış bulunmaktadır. Bu sebeple, sorgu hâkiminin bu muamelelerini ilk tahkikat olarak belirtmeye imkân olmadığı gibi, C. Savcısının durum karşısında nasıl bir hareket tarzı tensip edeceğini öğrenmek için dosyanın C. Savcısına gönderilmesi ilk tahkikat olarak kabul edilemez. Bundan başka, bu halde bir ön yargı da bahis konusu değildir. Çünkü, sorgu hâkiminin bu faaliyeti fiilin suç olduğunu göstermemekte, fakat fiilin muayyen bir ceza normunu ihlâl edebileceği hususunda bir şüphenin mevcut olduğunu belirtmektedir ⁸¹.

VIII — CMUK. nun 178 inci Maddesinin 1 ve 2 nci Fıkralarına Göre Sulh Hâkiminin Durumu :

1 — CMUK. nun 178 inci maddesinin birinci fıkrasına göre ilk tahkikat C. Savcısının talebi üzerine Asliye mahkemesi reisi veya hâkiminin kararıyla bir sulh hâkimine verilebilecektir. Bu halde, sulh hâkimi ilk tahkikatın icrasında her bakımdan sorgu hâkiminin fonksiyonunu ifa etmesi dolayısıyla, sorgu hâkimi şeklinde telâkki edilmelidir ⁸². Kayda lüzum yok ki, bu halde ilk tahkikatı yapan sulh hâkimi ilk tahkikatı fiilen icra etmiş olmalıdır.

2 — CMUK. nun 178 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, sorgu hâkimi tahkikata müteallik bazı işlerin icrasını sulh hâkiminden talep edebilecektir. Kendisinden bazı münferit tahkik muameleleri talep olunan ve talep veçhile icra edilen muameleler sulh hâkimini CMUK. muzun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre memnuiyet haline sokamaz ⁸³; çünkü, münferit muameleleri yapan sulh hâkimi, ilk tahkikatın icrası hususunda muayyen bir plân yapmamış olması dolayısıyla, bahis konusu tahkikat hakkında umumî bir malûmat sahibi de olamamıştır; kendisine havale edilen münferit muameleleri icra etmek suretiyle bütün mesele hakkında ön hüküm sahibi olabilecek bir kanaat ve bilgisi teessüs te edemeyecektir. Sulh hâki-

81) Löwe - Rosenberg, 19/121.

82) Dalcke - Fuhrmann - Schaefer, 1400.; KMR, 43.; Lüdtke, 48.; Erbs, 28.; Schmidt, 50.; Löwe - Rosenberg, 20/118.

83) KMR, 43.; Schwarz, 16/45.; Lüdtke, 48.; Erbs, 28.; Löwe - Rosenberg, 20/118.; Schmidt, 50.; RG. 68/376, 4. CD. 26.10.1934.

minin burada yaptığı muameleleri, CMUK. nun 155 ve 158 inci maddelerinde gösterilen, hazırlık tahkikatındaki muameleler şeklinde ve bu muamelelere kıyas etmek mümkündür⁸⁴. Tetkik ettiğimiz bu hâdiseye benzer bir durum Yüksek mahkememizin de içtihadına konu olmuştur. İlk tahkikatın yapıldığı sırada, sulh hâkiminden bazı münferit delil toplanması istenmiş ve bunu yapan sulh hâkimi, daha sonra açılmış bulunan son tahkikat safhasında aynı iş hakkında ağır ceza mahkemesinin istinabesi ile daha başka delillerin de toplanması ile vazifelendirilmiş, istenilen deliller de toplanmıştır. Bu hali Yüksek mahkememiz CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası içinde telâkki etmiş ve hazırlık tahkikatında şahitlerin ifadesini almış bulunan sulh hâkiminin dâvanın son tahkikat safhasında diğer bazı şahitlerin de ifadelerini almasını, duruşmaya iştirak şeklinde mütalâa etmiştir⁸⁵. Yukarıda etraflı bir şekilde belirtmiş olduğumuz sebepler muvacehesinde Yüksek mahkememizin bu kararına iştirak etmek mümkün değildir. Gerçekten, etüdümüzün muhtelif yerlerinde belirttiğimiz gibi, CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası ilk tahkikat bakımından tatbik edilebilir ve bunun için de yapılan tahkik muamelesinin ilk tahkikatın esasına müteveccih olarak muayyen bir plân dairesinde icra edilmiş olması gerekir. Sulh hâkimi ilk tahkikat sırasında bazı münferit delilleri toplayabilir veya bazı şahitlerin ifadesini alabilir. Bu muameleler ilk tahkikat olarak kabul edilemez. Yukarıda zikretmiş bulunduğumuz kararda, mahkemenin ısrar kararında ve muhalif kalan üyelerin kanaatlarında da belirtildiği gibi, son tahkikat sırasında şahit ifadelerini istinabe suretiyle almak o işin muhkemesi olarak telâkki edilemez. Bizce, ilk tahkikat sırasında bazı şahitlerin ifadelerini almış bulunan sulh hâkimi, işin son tahkikat safhasında değil istinabe edilememek, bundan başka doğrudan doğruya duruşmaya dahi iştirak edebilir ve o işin muhakemesini yapabilir. Çünkü, bahis konusu hallerde, sulh hâkiminin yaptığı muameleler ilk tahkikat olarak telâkki edilemediği gibi, yapılmış bulunan bu muamelelerin sulh hâkiminin resen ve muayyen bir plân dahilinde icra edip, dâvanın bütünü hakkında kanaat sahibi olarak bir ön yargı sahibi de olabileceği iddia edilemez. 22 nci maddemizin vazetmiş bulunduğu memnuiyet sebebi, yalnız bu hale münhasırdır ve dâvanın bütünü hakkında kanaat sahibi olamayacak bulunan bir

84) JW. 1930/925, 3. CD. 21.11.1929.; Löwe - Rosenberg, 20/118.

85) CUH. 19.10.1964, 455/D-I/423, Çağlayan, 1966/228, 229.

hâkimin yaptığı bazı münferit delil telâkkisi için kabili tatbik değildir.

3 — Sulh hâkiminin ilk tahkikatta daha başka şekilde de faaliyet göstermesi mümkündür. İlk tahkikatı yapmakta bulunan sorgu hâkimi bazı münferit delillerin toplanması için başka bir mahal sulh hâkimini istinabe edebilir. Bu halde sulh hâkiminin yaptığı muameleler sebebiyle o işin duruşmasında bulunabilip bulunamayacağı da tetkik edilmelidir. Bu hususta Alman Yüksek mahkemesinin bir kararını tetkik etmek istiyoruz. Bu kararın tetkiki, sulh hâkiminin istinabe edildiği hangi hallerde o işin duruşmasında ve hüküm tesisinde bulunamayacağını gayet güzel bir şekilde belirtmektedir⁸⁶.

Bu hâdisede sorgu hâkimi başka bir mahal sulh hâkimini, maznun hakkında yapılmış bulunan hazırlık tahkikatında lehine olarak toplanmış bulunan delilleri, aksini isbata müteallik yani maznunun aleyhinde ileri sürülmüş bulunan bütün delilleri toplamak ile vazifelendirmiş ve bu talep te sulh hâkimi tarafından yerine getirilmiştir. Bu halde Yüksek mahkeme sulh hâkimini 22 nci maddenin 2 nci fıkrası sebebiyle o işin duruşmasında bulunup hükme iştirak edemeyeceğini belirtmiştir ki yerindedir. Yüksek mahkemenin kanaati şu sebeplere istinat ettirilebilir: Sorgu hâkimi bahis konusu işte, başka mahal sulh hâkimini muayyen bir husus hakkında istinabe etmemektedir. Dosya da sulh hâkimine gönderilmiş, sulh hâkimi dosyayı tetkik etmiş ve bunun üzerine, maznunun aleyhine ikame edilebilecek delilleri toplamıştır. Burada üzerinde durulması gereken husus şudur; acaba sulh hâkiminin dosyayı tetkik etmiş olması o işin duruşmasında bulunamaması için kâfi bir sebep midir? Elbetteki hayır. Çünkü, dosyanın tetkik edilmiş olması bir hâkimi hâkimlik vazifesini ifada memnuiyet haline sokamaz. Hattâ, dosyayı tetkik etmiş bulunan hâkim talimat dairesinde muayyen bir husus hakkında delil toplamış ise, durumda yine bir değişiklik olmamalıdır. Meselâ, sulh hâkimi talimat üzerine bir şahidin ifadesini zabta geçirmiş olabilir. Halbuki burada tetkik etmiş bulunduğumuz hal, böyle değildir. Sulh hâkimi maznunun aleyhine ikamesi mümkün delilleri araştırarak ve bunu muayyen bir plân dahilinde ve dosya münderecatına göre yapacaktır. Bu faaliyet ilk tahkikatın tamamına şamil olmasa dahi, muayyen bir kısmını tetkik etmiş ve yürütmüş olacağı için, sulh hâkimi bakımından bahis konusu dâvada bir kanaat sahi-

86) RG. 28/358, 4. CD. 8.5.1896.

bi olması ve bir ön hüküm vermesi neticesini tevlit edecektir. CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik edilebilmesi için, tahkikat işini yürüten hâkimin bunu kendisinin tesbit ettiği bir plâna göre tanzim etmesi ve bu tanzim edilmiş şekline göre de yürütülmüş olması lâzımdır. Bu beyanımız ile, bir prensip vazetmekteyiz: şayet bir hâkim yalnız dosyayı tetkik etmiş ve dosya münderecatına göre karar vermiş ise, bu hâkimi ilk tahkikatı yapmış hâkim olarak kabul etmeye imkân olmayacaktır. İlgili yerde belirttiğimiz üzere biz bu sebeple yalnız son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan sorgu hâkiminin bu faaliyeti sebebiyle 22 nci maddenin 2 nci fıkrası sebebiyle memnuiyeti olduğunu da kabul etmemekteyiz.

IX — Sorgu Hâkiminin Yaptığı Münferit Bazı Muameleler ve CMUK. nun 22 nci Maddesi :

İlk tahkikatı icra etmiş bulunan sorgu hâkiminin bu vasfı sebebiyle o dâvanın muhakemesinde bulunmaması için, yapılan hangi muamelelerin ilk tahkikat olarak telâkki edilebileceğine çalışmamızın çeşitli yerlerinde temas ettik ve bunu belirtmeye çalıştık. Burada toplu olarak bu hususu tekrar etmekte fayda olduğu kanaatındayız. Ancak bu şekilde sorgu hâkiminin hangi muamelelerine ilk tahkikatın icra edildiği vasfının izafe edilemeyeceği tesbit edilebilecektir.

İlk tahkikatı yapmış olan sorgu hâkiminin o dâvanın muhakemesinde bulunamayacağı kaidesinin mutlak surette ilk tahkikatın bütününe yapılmış olması şeklinde anlamamak gerekir. İlk tahkikatın ehemmiyetli bir kısmını muayyen bir plân dahilinde icra eden hâkimde memnuiyet vardır⁸⁷. Sorgu hâkimi takibata konu olan suçun unsurlarından bir tanesini tesbit edebilmek için bir tahkik muamelesi yapar veya bu gayeye matuf delil telâkki eder veya maznunun bu sebeple sorgusunu icra eder veya bir şahit veya bilirkişi dinler veya keşif icra ederse, ilk tahkikat, şu verdiğimiz misallerde olduğu üzere, icra edilmiş sayılmalıdır⁸⁸. Görüldüğü veçhile, sorgu hâkimi ika edildiği iddia edilen suçun unsurlarından bir tanesini kendine göre yaptığı plân içinde tesbite çalışmış ve buna müteveccih

87) Löwe - Rosenberg, 20/118.; Schmidt, 50.; RG. 28/358, 359, 4. CD. 8.5.1896.

88) Lüdtke, 49.; RG. 9/287, 3: CD. 3.12.1883.; RG. 18/269, 1. CD. 6.12.1888.; RG. 21/285, 1. CD. 15.1.1891.; RG. 54/316, 2. CD. 23.4.1920:

yukarıda söylediğimiz faaliyette bulunmuş ise, ilk tahkikatı yapmış telâkki edilmelidir.

Kanunun lâfzından hareket edilince, 22 nci maddenin 2 nci fıkrasının yalnız icra edilip bitirilen ilk tahkikattan sonra tatbik edilebileceği şeklinde bir netice çıkarılabilecektir. Gerçekten kanunun lâfzına göre ilk tahkikatı *yapmış* olan sorgu hâkimi o dâvanın muhakemesinde bulunamayacaktır. Halbuki ilk tahkikat sırasında da, sorgu hâkimi yapılan ilk tahkikatın herhangi bir kesiminde sorgu hâkimi olarak verdiği kararları itiraz yolunda tetkik edemez⁸⁹. Şimdi Alman doktrin ve tatbikatında hangi hallerin 22 nci madde içinde mütalâa edilmediğine mütedair verilmiş karar ve ileri sürülmüş bulunan bazı hususları inceleyebiliriz.

22 nci maddenin 1 inci fıkrasının tasrih ettiği haller dışında memnuiyet yoktur. Bir hâkim o işte naip veya istinabe hâkimi olarak vazife görmüşse, kanun yolu muhakemesindeki hükme iştirak edebilir⁹⁰. Gerçekten 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının tatbik edilebilmesi için, hâkimin bahis konusu dâvada herhangi bir şekilde faaliyette bulunması kifayet etmemekte, bundan başka taarruz olunan hükmü tesis etmiş olması veya iştirak etmiş bulunması aranmaktadır⁹¹. Bu cümleden olarak, hâkimin tevkif kararı vermesi veya tevkifin devamına karar vermiş bulunması⁹² 22 nci maddenin 1 inci fıkrasının tatbikini gerektirmediği gibi, muhakemenin iadesi safhasında istinabe edilmiş bulunan hâkimin, yeniden yapılan duruşmaya iştirakine de herhangi bir mani yoktur⁹³.

22 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki bakımından ehemmiyet arzeden bir husus, bir suç sebebiyle yapılan disiplin tahkikatında, tahkikatı ilk tahkikat mahiyetinde yürüten şahsın o işin adliyedeki son tahkikat safhasına iştirak edebilip edemeyeceğidir. Buna ait bir hal Alman tatbikatında meydana gelmiş ve bir Avukat hakkında disiplin kovuşturmasında ilk tahkikatı yapmış bulunan hâkimin daha sonra işin muhakemesinde bulunabilmesinde herhangi bir mem-

89) Löwe - Rosenberg, 20/117.

90) Schmidt, 49.; Löwe - Rosenberg, 20/118.

91) Glaser, II/113.

92) RG. 61/416, 1. CD. 13.12.1927.

93) RG. ZStRW. 47/269.

nuiyet hali Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesince müşahade edilmemiş⁹⁴, bu karar doktrinde de iltifat görmüştür⁹⁵.

Sorgu hâkiminin mevkuf olan maznunun CMUK. nun 116 nci maddesine göre tevkifhane dışında bazı kimseler ile gerek şifahen gerek yazılı olarak münasebette bulunmamasına dair verdiği karar⁹⁶, CMUK. nun 97 ve müteakip maddelerine göre sorgu hâkiminin verdiği kararlar ve yine 87 nci madde sebebiyle alınmış bulunan kararlar⁹⁷, maznunun sorgusunun icrası için CMUK. nun 132 nci maddesine göre sorgu gününün tesbit edilmesi⁹⁸, ilk tahkikatta tutulan zabta maznun tarafından yapılan bazı ilâve beyanların geçirilmesi⁹⁹, ilk tahkikatı yapmış bulunan sorgu hâkiminin ilk tahkikatın tamamlanmasından sonra maznunu yalnız dinlemiş olması¹⁰⁰, sorgu hâkiminin hazırlık tahkikatı sırasında yaptığı muameleler¹⁰¹, müdafinin ilk tahkikatta dosyayı tetkik etmek isteği bakımından yaptığı talepler hakkında karar vermek¹⁰², ilk tahkikat bakımından esaslı muamele olarak kabul edilemez ve ilk tahkikatın icra edildiği şekilde telâkki edilip, 22 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbikine vücut vermez.

X — CMUK. nun 183 üncü Maddesine Göre İlk Tahkikatın gâyesinin Elde Edilmiş Olması :

İlk tahkikat yapıldıktan ve CMUK. nun 183 üncü maddesine göre son tahkikatın açılmasına veya muhakemenin menine karar vermeğe müsait bir derecede lütün deliller toplandıktan sonra, sorgu hâkimi durum hakkında bir karar vermeğe mecbur değildir. Ancak maznuna ilk tahkikatın bittiği bildirilecektir. Sorgu hâkimi ilk tahkikata ait herhangi bir muamele yapmamış, yalnız ilk tahkikatın bittiğini maznuna bildirmiş ise Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin görüşü, bu mesele hakkında değişiktir. Bir tip kararların-

94) RG. 3. CD. 27.4.1936.; JW. 1936/2143.

95) Löwe - Rosenberg, 20/118.; Erbs, 28.

96) Löwe - Rosenberg, 20/118.; Schmidt, 50.

97) RG. 21/285, 1. CD. 15.1.1891.

98) JW. 1923/19, RG. 26.9.1922.

99) John, 323, Cuno, 29 dan naklen.

100) Schwarz, 16/44.

101) Schwarz, 16/45.

102) Schmidt, 50.; Löwe - Rosenberg, 20/118.

da ¹⁰³ ilk tahkikatın gayesine eriştiği kanaatına varan hâkimin bu muamelesini memnuiyet sebebi olarak kabul ettiği halde, diğer tip kararlarında ¹⁰⁴ aksi kanaatı benimsemiş ve bu görüşü de doktrinde bazı müelliflerce kabul edilmiştir ¹⁰⁵. Yüksek mahkeme bu tip içti-hadına esbabı mucibe olarak, ilk tahkikatın bittiğinin maznuna bildirilmesi ve dosyanın savcılığa gönderilmesinin teknik mânada ilk tahkikat muameleleri olmadığı ve bir şeyin teknik anlamda bitirilebilmesi için o şey hakkında daha evvelce bazı şeylerin yapılması gerektiği, halbuki burada daha önce yapılmış bir muamele olmadığına göre, ilk tahkikatın bittiğinin bildirilmesi ilk tahkikat olarak kabul edilemeyecektir.

Bu tatbikat ve görüş bazı müelliflerce tenkit olunmuş ve ilk tahkikatı bitiren hâkimin bu kanaata varabilmesi için yapılmış bulunan tahkik muamelelerini bütün teferruatı ile tetkik etmesi bundan sonra bu neticeye varması gerektiği hususu gösterilmiştir ¹⁰⁶. Sorgu hâkimi yapılmış bulunan ilk tahkikat muameleleri karşısında, ilk tahkikatın kapanması kanaatına varmadan önce, son tahkikatın açılması bakımından maznunun fiili ika ettiği veya etmediği hususunda kâfi sebeplerin mevcut olup olmadığını ve başkaca delil telâkkisine veya şahit dinlenmesine lüzum olup olmadığını inceleyecektir. İşte, yapılan bu tetkik, hernekadar teknik mânada ilk tahkikat değilse de, ilk tahkikat muameleleri şeklinde kabulü gereken muamelelerdir. Yine bu müellife göre ¹⁰⁷ ilk tahkikatı muayyen bir plân dahilinde yürüten hâkim ile, icra edilmiş bir ilk tahkikatta başka delil telâkkisine lüzum olup olmadığını tetkik eden ve başkaca delil telâkkisine ihtiyaç olmadan ilk tahkikatın kapandığı kanaatına varan hâkim aynı durumdadır ve yaptığı muameleler de aynı mahiyettedir. Kanaatımızca hukukumuz bakımından meselenin şu şekilde halledilmesi gerekir. İlk tahkikatı yapmış bulunan bir hâkimin, bu sıfatı ile işin duruşmasına iştirak edememesinin sebebi, ilk tahkikat-taki deliller ile doğrudan doğruya temasa gelmiş ve onları muayyen bir plân dahilinde ve sıra ile telâkki etmiş ve bundan sonra da muayyen bir kanaat sahibi olmuş bulunmasındadır. Şu verdiğimiz misalde ise, sorgu hâkimi herhangi bir ilk tahkikat muamelesi yapma-

103) RG. 28/358, 4. CD. 8.5.1896.

104) RG. 21/285, 1. CD. 15.1.1891.

105) *Erbs*, 28.; *Schwarz*, 16/45.; *Löwe - Rosenberg*, 20/118.

106) *Cuno*, 42.

107) *Cuno*, 42.

mış, evvelce yapılmış bulunan ilk tahkikat üzerine, dosya münderecatına göre ilk tahkikatın gayesine ulaştığı kanaatine varmıştır. Dosya tetkiki, herhangi bir esaslı muamele yapılmadığı takdirde, memnuiyet sebebi olmamalıdır. Şayet, dosyanın tetkiki neticesi, şu veya bu vadede bir karar ittihaz edilir veya herhangi bir muamele yapılır ise, bu halde pekçok işlerde, hâkimlerin dâvaya bakamamaları gerekecektir. Meselâ, âmme dâvasının açılmış olduğu bir dâvanın son tahkikat kesiminde dosyayı duruşma hazırlığı safhasında tetkik eden hâkimin o dâvanın muhakemesinde bulunamaması lâzım gelecektir. Çünkü bu halde dosyayı tetkik eden hâkim, mutlak surette bu tetkikattan bir neticeye varmıştır. Bu sebeple biz, ilk tahkikatı delil telâkkisi ve bunun da muayyen bir plân içinde yapılması şeklinde anladığımızdan, dosya münderecatına göre, muhakemeyi ilerleten herhangi bir kararın verilmesini veya bir muamelenin yapılmasını, ilk tahkikatın icrası şeklinde benimseyip memnuniyetin mevcudiyetini kabul edemiyoruz.

XI — Dosyanın Savcılığa Gönderilmesinden Sonra Yapılan Muameleler :

İlk tahkikatın gayesine erişmesinden sonra dosya savcılığa gönderilmiş ise, bundan sonra sorgu hâkiminin yapacağı muameleler de hukukumuz bakımından ilk tahkikat olarak telâkki edilmelidir ve bu kesimde yapılan muameleler de ilk tahkikat muameleleridir. Hernekadar dosya savcılığa gönderilmekle ilk tahkikat bitmişse de, sorgu hâkiminin bu kısım içinde ilk tahkikat bakımından önemli muameleler yapması mümkündür ve bu halde 22 nci maddenin 2 nci fıkrası sebebiyle memnuiyeti vardır.

XII — Son Tahkikatın Açılması Kararını Vermiş Bulunan Sorgu Hâkiminin Durumu :

Sorgu hâkimi ilk tahkikatı yapmamış fakat yalnız son tahkikatın açılmasına karar vermiş ise memnuiyeti CMUK. nun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre var mıdır? Mesele hakkındaki kanaatımızı ve hukukumuzdaki görüşleri ve Yüksek Mahkememizin içtihatlarını belirtmeden evvel kısaca, hukukumuzun sistemine temas etmek istiyoruz. Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuz mehzadan alındığı zamanlar, ilk tahkikatın yapılması ile ilk tahkikat ne-

ticesi verilecek kararların birbirinden farklı mercilerce ittihaz edileceği sistemi, mehaz kanun gibi, benimsenmişti. Mehaz kanunda ilk tahkikatı yapan sorgu hâkimi son tahkikatın açılmasına karar veren *Beschlusskammer*'de karara iştirak edememektedir ve son tahkikatın açılması kararı bu karar mahkemesince verilmektedir. Hal böyle olunca mehaz kanununun sistemine göre, ilk tahkikatı yapan sorgu hâkimi, o iş için son tahkikatın açılması kararına iştirak edemeyecektir. Son tahkikatın açılması kararına iştirak edemeyecek olan sorgu hâkiminin de o işin duruşmasında bulunup bulunamayacağı bahis konusu olamayacaktır. CMUK. muz mehazdan alınırken Alman sistemi kısmen benimsenmiş, son tahkikatın açılması kararının, tahkikatı yapan hâkimden başka bir hâkime verilmesi sistemi, yani tahkikat ile karar mercileri ayrılarak «karar» hâkimliği müessesesi ihdas edilmiş, çeşitli sebepler dolayısıyla böyle bir karar hâkimliği kurulamamış geçici hükümler kaldırılınca da, ilk tahkikatı yapan sorgu hâkiminin o iş hakkında da son tahkikatın açılması kararını ittihaz etmeye selâhiyetli olduğu şekli kabul edilerek, tahkikat ve karar faaliyetlerinin aynı hâkimde birleşmesi sistemi benimsenmiştir.

Bu hal karşısında hukukumuz bakımından mesele nasıl halledilmelidir? Doktrinde *Erem*¹⁰⁸ son tahkikatın açılmasına karar veren hâkimin, o işin duruşmasında bulunamayacağı kanaatindedir. Yüksek Mahkememiz de verdiği çeşitli kararları ile, son tahkikatın açılması kararını veren sorgu hâkiminin o işin duruşmasında bulunamayacağını kabul etmiştir¹⁰⁹.

Kanaatımızca, meselenin hallinde iki şekilde düşünmek mümkündür. Birinci telâkki tarzına göre, CMUK. muzun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası son tahkikatın açılması kararını veren sorgu hâkimi hakkında kabili tatbik olmamalıdır; çünkü, ilk tahkikat maznun hakkında son tahkikatın açılması kararının verilmesine müsait bir derecede bütün delillerin toplanmasını ve elde edilmesini tazammun edecek ve bu kanaata varıldıktan sonra ilk tahkikatın şekil itibariyle nihayete ermiş bulunacağını kabul edilmesi gerektiği noktasından hareket edilmek suretiyle, bundan sonraki safhanın artık ilk tahkikatta, ilk tahkikatın yapılması ile alâkası olmadığı sebebiyle, 22 nci maddenin tatbikine imkân olmayacaktır, şeklinde düşünülebilir. 22 nci maddenin 1 inci fıkrasından hareket etmek suretiyle de ay-

108) s. 100.

109) 1. CD. 12.12.1951, 2695/2821, *Çağlayan*, 1966/230.

nı neticeye varmak mümkündür. Mademki, aleyhine kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hâkim mafevk mahkemede bu hükme dair verilecek karara iştirak edemeyecektir, o halde son tahkikatın açılması kararı üzerine yapılan muhakeme, son tahkikat kararı bakımından bir «kanun yolu» olmaması sebebiyle son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan sorgu hâkiminin son tahkikat safhasında verilecek olan hükme iştirakinde kanunî bir mani olmaması düşünülebilecektir. Bu meselenin ilk hal tarzı olabilir. İkinci hal tarzına göre, mademki hukukumuz sisteminde ilk tahkikatın yapılması ve bunun neticesinde son tahkikatın açılması kararının da verilmesi aynı hâkime verilmiştir, öyle ise son tahkikatın açılması kararının verildiği zamana kadar yapılacak muameleleri ilk tahkikat olarak kabul etmek gerekecek ve son tahkikatın açılması kararını veren sorgu hâkimi o işin duruşmasında bulunamayacaktır.

Kanaatımızca, son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan sorgu hâkiminin, o işin duruşmasında bulunamayacağı kaidelerini CMUK. muzun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasından istihraça imkân olmamalıdır. Şayet sorgu hâkiminin ilk tahkikatın şeklî mânada CMUK. nun 183 üncü maddesine göre bitmesinden sonra delil telâkkisi bakımından herhangi bir faaliyeti olmamış ve yalnız mevcut deliller ve dosya münderecatına göre son tahkiatın açılmasına karar vermiş ise, o işin duruşmasında bulunmasına mani bir hüküm kanunumuzda olmadığı gibi, aksi bir tatbikat sistemimiz ile de tenekez meydana getirebilecek mahiyettedir. İlk tahkikatı yapan sorgu hâkiminin o işin son tahkikatında bulunamaması kaidesi esasını, delil telâkkisini bizzat yapan hâkimin, bu faaliyetlerini muayyen bir hedefe teksif etmiş ve belirli bir plân dahilinde delilleri toplamış olmasında bulmaktadır. Sorgu hâkimi delilleri toplayıp, bizzat topladığı deliller ile bir kanaata varmış olması sebebiyle, işin duruşmasında bulunamayacak ve duruşma hâkimlerine bu bilgisi sebebiyle yapacağı tesirlere mani olunma zarureti muvacehesinde böyle bir tatbikata gidilecektir. Halbuki, ilk tahkikatı yapmamış, yalnız ilk tahkikat üzerine son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan bir sorgu hâkiminde ise, yukarıda belirttiğimiz hususların mevcudiyetini kabule imkân yoktur. Esasen, kanunumuz mehzadan ayrılmak suretiyle, ilk tahkikatı yapan sorgu hâkimine son tahkikatın açılması kararı selâhiyetini vermek suretiyle, mehazın prensibinden de ayrılmış, böylece tahkikat ve karar hâkimliğini birleştirmizdir. Kanunumuz,

mehaz kanunun aksine, ilk tahkikatı yapan sorgu hâkimine son tahkikatın açılması kararı selâhiyetini vermek suretiyle, mehazın prensibinden de ayrılmış, böylece tahkikat ve karar hâkimliğini birleştirmiştir. Halbuki, mehaz kanunda ilk tahkikatı yapan sorgu hâkimi, karar hâkimi olarak son tahkikatın açılması kararına iştirak edemeyecektir. Hukukumuz değişik bir sistem içinde müesseseyi kabul etmiş olması sebebiyle, ilk tahkikatı yapan hâkime son tahkikatın açılması kararı selâhiyetini tanıdıktan sonra, yalnız son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan bir sorgu hâkiminin o dâvanın muhakemesinde bulunamayacağını benimsemiş olması kabul edilemez. Bizce, son tahkikatın açılması kararını veren sorgu hâkiminin dâvanın duruşmasında bulunamayacağı kaidesinin vazının herhangi bir mesnedi olamaz. Hattâ, son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan sorgu hâkiminin, mesele hakkında ve maznunun suçluluğu bakımından muayyen bir kanaata sahip olması sebebiyle son tahkikatta bulunamayacağı şeklindeki bir düşünüşe de yer vermemek lâzımdır; çünkü, suçluluk bakımından sorgu hâkiminin kanaatının kuvvet derecesi, dâvada bulunup bulunmamasına müessir değildir. CMUK. muzun 22 nci maddesinin sevk sebebi, ilk tahkikatta tahkikat muamelelerini yapan hâkimin dâvanın seyrini muayyen bir istikamete tevcih etmiş ve bunu tâyin etmiş olması sebebiyle, son tahkikat safhasında bulunamayacağıdır ¹¹⁰.

Yukarıdan beri izah etmiş bulunduğumuz sebepler dolayısıyla Yüksek Mahkememizin CHU. 25.5.1965 tarih ve 1/257 - 248 sayılı kararına da iştirak edemiyoruz. Gerçekten bu karara göre «Son soruşturmanın açılmasına karar veren hâkim, daha sonra asliye hâkimi olsa, o dâvanın son tahkikat safhasında istinabe olunamaz» ¹¹¹. CMUK. muzun 22 nci maddesinin hangi hükmü sebebiyle bu şekil bir neticeye varılabileceğini anlamak cidden güçtür. 22 nci maddenin 1 inci fıkrasına göre, kanun yolundan birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hâkim mafevk mahkemesince bu hükme dair verilecek karara iştirak edemeyecektir. Tetkik konumuz olan hâdisede, kanunun bu hükmünü tatbik imkân yoktur. 2 nci fıkra da tatbik edilemez. Gerçekten, son tahkikatın açılması kararı vermiş bulunan hâkim o dâvanın muhakemesinde bulunamayacak-

110) Bu hususta CMUK. nun 183 üncü maddesine göre ilk tahkikatın gayesinin elde edilmiş olması, kısmına da bakınız.

111) Çağlayan, 1966/229.

tır. Halbuki, bahis konusu hâdisede, son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan hâkim dâvanın muhakemesini yapmamakta, yalnız muayyen bir husus hakkında istinabe edilmektedir. İstinabe muhakeme değildir. Kanunumuzun bu hükmünün sevk sebebi, çeşitli yerlerde temas ettiğimiz gibi, ilk tahkikatı yapmış bulunan hâkimin son tahkikat safhasında, deliller ile olan münasebeti sebebiyle, ön hüküm sahibi olmadan dâvanın delillerini şifahilik ve doğrudan doğruya olma prensibi içinde tetkik etmesi, ilk tahkikatın tesiri altında kalmadan bu vazifeyi ifa etmesidir. Halbuki bahis konusu halde, bu söylediklerimizi bulmak mümkün değildir. Hâkim yalnız son tahkikatın açılması kararını vermiş ve dâvanın delillerini muayyen bir plân içinde toplayarak, bunlarla doğrudan doğruya temas etmemiştir. Bu halde, değil istinabe edildiği vakit, dâvanın duruşmasına iştirak etse dahi, kanunun aradığı memnuiyeti tesbite imkân yoktur. Çünkü bu hâkim, delil toplamamıştır ki, bunların tesiri altında kalmış olabileceği iddia edilebilsin. İstinabe, belirli bir mesele hakkında bir hâkimin yaptığı faaliyettir. Muhakeme değildir ve hüküm tesisi olarak da kabul edilemez. Bütün bu sebepler dolayısıyla Yüksek mahkememizin bu kararına iştirak etmiyoruz.

XIII — Vazifesizlik Kararı Veren Hâkimin Durumu :

Açılmış bulunan dâva hakkında vazifesizlik kararı vermiş bulunan hâkimin, vazifeli mahkemede hükme iştirak edebilip edemeyeceği meselesini hemen burada tetkik etmek istiyoruz. Bunun sebebi, CMUK. muzun 263 üncü maddesidir. Gerçekten bu maddeye göre mahkemenin verdiği vazifesizlik kararı son tahkikatın açılması kararının bütün neticelerini hasıl edecek ve aynı şartlara tâbi olacaktır. Bahis konusu mesele hakkında, hukukumuz doktrininde ve tatbikatında değişik görüşler müdafaa edilmektedir. Yüksek Mahkememiz verdiği bir tip kararında vazifesizlik kararı veren hâkimin diğer bir mahkemede hükme iştirak etmesini yolsuz bulmaktadır¹¹². Diğer tip kararlarında Yüksek mahkeme vazifesizlik kararı veren hâkimin o işin başka mahkemede görülmesi halinde hükme iştirak edebileceğine içtihad etmiştir¹¹³.

112) 1. CD. 16.1.1949, 963/1222.; 1. CD. 15.5.1941, 1970/1786.; Çağlayan, 1966/230, 231.

113) CUH. 30.3.1942, 78/82.; 4. CD. 3.11.1950, 10238/11083.

Adalet Bakanlığı da verdiği mütalâalarda ikili görüşü aksettirmiştir: bazı mütalâalarında vazifesizlik kararı veren hâkimin vazifeli mahkemede hükme iştirak edemeyeceği ¹¹⁴ diğer mütalâalarında ise vazifesizlik kararının vazifeli mahkemede hükme iştirake mani olmayacağı mahiyetindedir ¹¹⁵. Doktrinimizde *Erem* ¹⁰⁶ CMUK. nun metninden hareket etmek suretiyle, vazifesizlik kararının son soruşturmanın açılması kararı mahiyetinde olduğu sebebiyle, bu halde görevsizlik kararı veren hâkimin yüksek dereceli mahkemede hükme iştirak edemeyeceği kanaatındadır. *Kantar* ¹¹⁷ ise, şu esbabı mucibe ile aksi fikri savunur «Birinci Ceza dairesinin bu kararı fikrimize tevafuk etmemektedir. Çünkü: 263 üncü maddenin 2 nci fıkrası sadece mahkeme tarafından verilen görevsizlik (vazifesizlik) kararının son soruşturmanın açılmasına dair olan bir kararın bütün neticelerini hasıl edeceğini ve aynı şartlara tâbi olacağını beyan ediyor. Fıkranın bu hükmünü görevsizlik kararı vermiş olan yargıcın, o işin üst mahkemede muhakemesinde bulunamayacağı mânasını da çıkaracak kadar genişletmek doğru değildir. Zira 22 nci maddenin 2 nci fıkrasında beyan edilen hüküm bir işin ilk soruşturmasını bizzat yapmış olan sorgu yargıcının o işin muhakemesinde bulunamayacağıdır. Halbuki görevsizlik kararını vermiş olan yargıcı, işin ilk soruşturmasını yapan sorgu yargıcı suretinde telâkki etmeğe imkân yoktur. Bunun içindir ki biz, 263 üncü maddeye göre görevsizlik kararı vermiş olan yargıcın o işin üst mahkemede cereyan edecek muhakemesine iştirak etmesine kanunî bir mani görmüyoruz. Şunu da ilâve edelim ki, 1 inci ceza dairesinin kabul ettiği fikrin mantıkî neticesine göre görevsizlik kararı vermiş olan sulh yargıcının da o işin daha yüksek mahkemede duruşmasına iştirak edememesi icap ederdi. Halbuki Yargıtay ceza genel kurulu sulh mahkemesi tarafından bakılan işlerin ilk soruşturmaya tâbi olmadığı kaidesine istinad ederek görevsizlik kararı veren sulh yargıcının daha yüksek mahkemede duruşmada hazır bulunabileceğini kabul etmiştir - C.G.K. 30.5.1942, Es. 78, Kar. 82, Yargıtay Kararları, 41-42, s. 135)».

Kanaatımızca vazifesizlik kararını vermiş bulunan hâkimin o işin üst derece mahkemesindeki duruşmasına iştirak edemeyeceğini CMUK. nun 22 nci maddesi hükmünden istihraç etmek hatadır. Biz-

114) Ce. İş. 12.7.1945, 57.

115) Ce. İş. 8.10.1954, 30673.

116) s. 101.

117) s. 43, not 38.

ce, vazifesizlik kararının verilmiş olması hâkimi üst mahkemede memnuiyet haline koyamaz. Esasen, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi biz, son tahkikatın açılması kararını vermiş bulunan hâkimin dahi işin muhakemesinde bulunamayacağı görüşüne iştirak etmiyoruz. Bir an için son tahkikatın açılması kararını veren hâkimin o işin üst derece mahkemesinde hükme iştirak edemeyeceği halinin kabulünde dahi, CMUK. nun 263 üncü maddesi sebebiyle verilmiş bulunan vazifesizlik kararını, son tahkikatın açılması kararı gibi mütalâa edip, bu kararı veren hâkime memnuiyet hali izafe etmek müessesenin mahiyeti ile de kabili telif değildir. Kanunumuzun 263 üncü maddesinin bu hükmünün sevk sebebi tamamen başkadır. Vazifesizlik kararının son tahkikatın açılması kararının bütün neticelerini hasıl edip aynı şartlara tâbi olmasının mânası şudur ki, bu halde vazifeli olarak gösterilmiş bulunan mahkeme vazife meselesini artık tetkik edemeyecek, işin daha aşağı bir vazifeli mahkemenin vazifesine girdiği sebebiyle vazifesizlik kararı veremeyecektir. Eğer, tetkikat sırasında işin vazifesini geçtiğini görürse, elbetteki 263/1 e göre vazifesizlik kararı verebilecektir. Diğer tesiri, iş hakkında ilk tahkikat yapılmasına mani olmasıdır. CMUK. muzda istimal edilen son tahkikatın açılması kararı ile verilen vazifesizlik kararının son tahkikatın açılması kararı mahiyetinde telâkki edilebileceği halinin bu bakımdan birbirleri ile herhangi bir münasebeti olamaz. Bu sebeple Yüksek mahkememizin vazifesizlik kararı vermiş bulunan hâkimin üst mahkemede hükme iştirak edebileceği hakkındaki görüşünün müstakar içtihad şeklinde tebellür etmesini temenni etmekteyiz.

XIV — Sorgu Hâkiminin Kanun Yolunda Durumu :

Kanunumuzun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre ilk tahkikatı yapmış bulunan sorgu hâkimi o dâvanın «muhakemesinde» bulunamayacaktır. Kanun sevkettiği bu hüküm ile sorgu hâkiminin dâvanın muhakemesindeki durumunu tesbit etmiştir. Ancak, dâvanın muhakemesinde değil de, kanun yolu muhakemesinde işin ilk tahkikatını yapmış bulunan sorgu hâkiminin 22 nci maddenin 2 nci fıkrası içinde tetkik edilip memnuiyetin olup olmadığı da tesbit edilmelidir. 22 nci maddenin 2 nci fıkrası hükmü, sevk sebebi içinde tef-

sir edilirse, bu halde de sorgu hâkiminin dâvanın kanun yolu muhakemesinde bulunamaması gerekecektir ¹¹⁸.

§ VIII. CMUK. NUN 22 nci MADDESİNE RİAYETSİZLİĞİN TESİRLERİ

Ceza Muhakemeleri Usulü hukukumuzun prensiplerine göre, mahkemenin üyelerinden birisinde mevcut dâvaya iştirak edemeyeceği hal işin duruşmasına bakan mahkeme veya işi kanun yolunda tetkik eden mahkemece, vereceği hükmün hukukî tesirinin tam olabilmesi için, resen mahkemeyi teşkil eden hâkimlerce tetkik edecektir ¹¹⁹. CMUK. muzun 22 nci maddesinde gösterilen sebeplerden birisi ile memnuiyeti bulunan hâkim duruşmaya veya tetkikata iştirak etmekte ise, mahkemenin ilk vazifesi bu hatayı bertaraf etmek olacaktır. Bundan başka, kendisinde dâvaya bakma memnuiyeti bulunan hâkimin de vazifesi, memnuiyet sebebini mahkemeye bildirmektir (CMUK. md. 29). Dâva ile ilgili olanlar da, memnuiyeti bulunan hâkimin reddini talep edebileceklerdir (md. 23). Bu talep muayyen bir mehle bağlı olmadan muhakemenin her hal ve derecesinde yapılabilecektir.

Muhakemenin icrası sırasında kendisinde memnuiyet hali mevcut olan hâkim gerek bizzat, gerek dâva ile ilgili olanlar tarafından talep edilirse, mesele derhal tetkik edilip neticeye bağlanacağı için, inceleme konumuz bu hususta bir zorluk tevhit etmeyecektir. Ancak, yapılmakta olan muhakemenin bir kısmı veya tamamı, tamamen veya kısmen nihayete erdikten sonra, gerek resen gerek talep üzerine, o hükmün tesisine veya yapılmış bulunan muhakeme muamelelerine CMUK. nun 22 nci maddesinde gösterilen şekilde memnuiyeti bulunan bir hâkim iştirak etmiş ise, meselenin halli bu kadar kolay olmayacaktır.

Kendisinde 22 nci maddenin gösterdiği memnuiyet hali bulunan hâkimin yaptığı muhakeme muameleleri kaide olarak hükümsüzdür ¹²⁰. Memnuiyet hali bulunan hâkimin yapmış olduğu muameleler bakımından, bu muamelelerin hukukî tesirleri, eskiden beri iki şekle ayrılmak suretiyle tetkik edilmektedir. Hâkimin dâvaya bakamayacağı halinin mevcudiyetinde, bu hâkimin yaptığı muamele-

118) *Glaser*, II/118.; *Löwe - Rosenberg*, 20/119.

119) *Löwe - Rosenberg*, 20/116.; RG. 2/209, 1. CD. 10.5.1880.

120) *Löwe - Rosenberg*, 19/114.

lerin karar veya karardan gayri muameleler şeklinde tefriğe tâbi tutulduğu, kararlar hakkında ancak müddet ve şekil şartına riayet edilmek suretiyle taarruz edilebileceği ve kanun yolu muhakemesinde mevcut hatanın tashih edileceği, bunun dışındaki muamelelerin mutlak surette hükümsüz olduğu, yani yapılmamış muameleler şeklinde telâkki edilmesi gerekeceği fikri müdafaa edilmektedir¹²¹. Yeni Alman doktrininde mahkemenin yapmış bulunduğu muameleler bakımından kararlar ve kararlardan başka muameleler tefriğine yer verilmemektedir. Bu görüşte olanlara göre, mahkemenin verdiği kararlara karşı kanun yolu muhakemesinde taarruz edilebileceği, diğer muamelelerin ise esasen yapılmamış şeklinde kabul edilmesi gerekeceği fikrinin sebebini izah imkânsızdır ve hattâ bir tenakuzun ifadesidir. Kararlar gibi muhakemenin inkişafında mühim olan tasarruflara itiraz edilebileceğini kabul edip, bundan daha az ehemmiyette olan mahkeme muamelelerinin memnuiyeti olan bir hâkim tarafından yapılmış olması halinde verilmemiş ve yapılmamış şekilde telâkki etmenin sebebini izah imkânsızdır. Bu müellife göre, her iki haldede memnuiyeti haiz hâkimin yaptığı muamelelere karşı ancak taarruz olunabilir¹²².

Burada batıl hükümler meselesi ve bütün teferruatı üzerinde duracak değiliz (Bu husus ayrı bir etüd konusu olarak tarafımızdan tetkik edilmektedir). Esasen böyle bir tetkike inceleme konumuz bakımından da zaruret yoktur. Çünkü, hükümlerin batıl olup olmadığı umumî butlan sebepleri içinde ve taarruz edilebilen hükümler ile yapılan tefrik bakımından incelenebilir. Halbuki buradaki butlan sebebi umumî değil hususidir; yani CMUK. nun 22 nci maddesindeki memnuiyet halleridir ve bu haller kararların hukukî tesir icra etmesine mani değildir¹²³. Yukarıda belirttiğimiz gibi, kendisinde memnuiyet sebebi olan hâkimin verdiği veya iştirak ettiği kararlara karşı ancak taarruz olunabilir. Mesele böylece vazedilince, tetkik edilecek husus şu olacaktır: kendisinde 22 nci maddede gösterilen memnuiyet bulunan hâkimin verdiği kararın berteraf edilebilmesi için iki husus incelenecektir; karara karşı taarruz mümkün müdür ve itiraza hakkı olan fiilen bu karara karşı kanun yoluna gitmiş midir. Bu iki husus bahis konusu kararda yoksa mevcut karar kesin hüküm kuvvetini iktisap eder ve kesin hükmün mevcudiyeti bahis

121) Löwe - Rosenberg, 19/114.; KMR, 41.; Gerland, 56.; Sauer, 455.

122) Schmidt, 43.

123) Löwe - Rosenberg, 19/114.

konusu eksikliği berteraf eder. Hal böyle değil de, bahis konusu karara karşı kanun yoluna gidilmişse, kanun yolu muhakemesi temas edilmemiş olsa dahi bahis konusu hataya resen temas eder ve bu hususu tetkik eder ¹²⁴.

Kanun yolu merciinin meseleyi tetkik edebilmesi için, kanun yolu muhakemesini hareket geçirmeğe selâhiyetli olan kimsenin bunu talep etmiş olması lâzımdır. Burada üzerinde durulması gereken bir husus ta şudur: maznunun bahis konusu memnuiyete temas etmesi, bu hakkını istimalden vazgeçmiş olduğu şeklinde mi kabul edilmelidir ¹²⁵. Kabul edilecek olan görüşe göre 22 nci madde âmme intizamı gayesine matuf ve bunun korunması için sevk edilmiş bir hükümdür ve mahkemelerden sadır olan hükümlere herkesin itimad etmesi ve hakikate uygun kararlar verilmesini temin için vazedilmiş bulunmaktadır. Şayet 22 nci maddeye riayet edilmiş olup olmadığının tetkikini maznunun arzusuna bırakmış olursak, yukarıda belirttiğimiz prensibin tahakkuku imkânsızlaşacaktır. Yapılmış bulunan bir usul hatası, bir usulü *çareye* taallûk ederse, ancak bu halde maznunun feragatının bu usulü hatayı bertaraf edebileceği düşünülebilir ve bunun tetkiki bahis konusu olabilir ¹²⁶. Burada ise âmme menfaati bahis konusu olduğuna göre maznunun feragatı sarih veya zımnî olsa, mevcut hayatı berteraf edemez ¹²⁷.

Hükümden önce hükme tesir etmiş olan bir karara kendisinde memnuiyet hali bulunan bir hâkim iştirak etmiş ise, hükmün kanun yolunda tetkikinde bakılacak husus şu olacaktır: kendisinde memnuiyet sebebi bulunan hâkim karara iştirak etmemiş olsa idi verilen hüküm değişik mahiyet arzedecek miydi? Şayet kendisinde memnuiyet hali bulunan hâkimin karara iştirak edip etmemesi, neticede hükme herhangi bir tesir yapmamakta ise CMUK. nun 308 inci maddesinin 2 nci numarasına göre, bu hal bir temyiz sebebi olamaz ¹²⁸.

Neticede şunu belirtebiliriz ki, CMUK. nun 22 nci maddesi yalnız maznunun lehine sevk edilmiş bir hüküm değildir. Savcı da 22 nci maddenin ihlâlinde maznunun aleyhine olarak kanun yoluna gidebilir ¹²⁹.

124) *Gerland*, 411.; *Löwe - Rosenberg*, 19/114.; *Glaser*, II/131.

125) Bu hususta bakınız: *Alsberg*, JW. 1922/1394.; *Cuno*, 48.

126) *Cuno*, 48.

127) *Cuno*, 48.

128) *Glaser*, II/132.

129) RG. 9/285, 3. CD. 3.12.1883.

L I T E R A T Ü R

- Alsberg* — JW. 1922/1394.
- Beling* — JW. 1929/1037.
- Cuno* — Die Ausschliessung des Richters in den Faellen des § 23 StPO, Freiburg Doktora tezi 1934.
- Dalcke - Fuhrmann - Schaefer* — Strafrecht und Straverfahren, Berlin 1961.
- Erbs* — Handkommentar zur Strafprozessordnung, Bonn 1950.
- Erem* — Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1964.
- Gerland* — Der deutsche Strafprozess, Leipzig 1927.
- Glaser* — Handbuch des Strafprozesses, Cilt II.
- Henting* — Wiederaufnahmerecht, Heidelberg 1930.
- Kantar* — Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957.
- KMR* — Kommentar zur Strafprozessordnung, Nürnberg, 1950.
- Kohlrausch* — Strafprozessordnung, Leipzig 1930 ve 1935.
- Kunter* — Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1964.
- Löwe - Rosenberg* — Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. nci bası 1958.
- Lüdtke*, Die absoluten Revisionsgründe des § 338 der Reichstrafprozessordnung, Würzburg tarihsiz Doktora tezi.
- Mamroth* — JW. 1925/194.
- Önder* — Muhakemenin iadesi talebinde bulunulacak mahkeme, İHFM. XXXI/402.
- Önder* — Eski hale getirmenin hukukî mahiyeti, İHFM. XXX/950.
- Önder* — Sulh Ceza hâkiminin ceza kararnamesi, İstanbul 1966.
- Peters* — Strafprozess, Karlsruhe 1966.
- Sauer* — Grundlagen des Prozessrechts, Stuttgart 1919.
- Schmidt* — Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil II Göttinger 1957.
- Schwarz* — Strafprozessordnung, Leipzig 16. bası 1953.