

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ HUKUKUNDA YENİ VAKALAR
ve
YENİ DELİLLER SEBEBİYLE MUHAKEMENİN İADESİ

Doç. Dr. Ayhan ÖNDER

CMUK nun 327 inci maddesinin 5 inci fıkrası, yeni vakıalar veya yeni deliller dermayan edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde maznunun beraetini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkûm olmasını istilzam edebilecek mahiyette olursa, katileşen bir hükümlerle neticelenmiş olan bir dava mahkûmun lehine olarak muhakemenin iadesi yoluyla tekrar görülebilecektir. Ancak, kabahat hükümleri hakkında evvelce mahkûm tarafından öğrenilmiş olan veya kendi kusuriyle olmıyarak evvelce irad edilmemiş bulunan vakıalar veya deliller dermeyen olunabilir.

I — HÜKMÜN MEHAZ KANUNDAKİ TARİHİ İNKİŞAFI

Kanunumuzun metninin tetkikine girişmeden evvel, maddemizin mehazına bu hükmün ne sebeple girmiş bulunduğunu ve oradaki tarihi inkişafını tetkik etmek faydalıdır.

«Restitutio ex capite novorum» veya «propter nova» CMUK na ithal edilen muhakemenin iadesi sebepleri arasında en yenisidir.¹ 1874 tarihinde Alman Ceza muhakemeleri Usulü kanunu hazırlanırken yeni vakıalar veya delillerin muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi üzerinde durulmuş neticede 3.1.1849 tarihli Prusya nizamnamesinin 151 inci maddesinde muhakemenin iadesinin yeni vakıalar veya deliller sebebi ile kabul edilemeyeceği, diğer bazı kanunlar gibi, kabul edilmiş bu hal ise çok ağır neticeler tevlit eylemiş mevcut haksızlıkların berterafı içinde af yoluna gidilmiş olduğu gösterilmiştir.² Bu zamana kadar mahkeme-

1) *Hentig*, Wiederaufnahmerecht, Heidelberg 1930, 89-90.; *Anders*, Das Rechtsmittel der Revision im Bundesstrafprozess, Bern Doktora tezi, Solothurn 1935, 34.

2) *Hahn*, Mat. 1/262.

lerin yaptıkları hataların af yolu ile berteraf edilmesi hukuk devleti anlayışı ve prensipleri ile kabili telif telakki edilmemiştir. ³ Af selâhiyetini istimal eden organın kesin hüküm ile neticelenmiş bir davaya müdahalesi, aynı mahkemenin yeni vakıalar veya deliller muvacehesinde mevcut kesin hükmü bertaraf edebilmesi, maddî hakikatın tezahürünün yine bir mahkemenin kararı ile mümkün olabilmesi, diğer yola nisbetle çok daha mülayım olduğu esbabı mucibesi, muhakemenin iadesi sebepleri arasına yeni vakıaların veya delillerin ithalinin gerekçesini teşkil etmiştir. ⁴

Mevcut kesin hükmün yeni vakıalar veya deliller ile berteraf edilmesindeki korku, şu sebeple berteraf edilmiştir: kesin hükmün icraî organın af selahiyetini istimal etmek suretiyle ortadan kaldırılabilmesi, haksız yere mahkûm olanların iktidarda bulunanların iktadara geliş seneyi devriyesinde veya doğum yıldönümünde veya sair bayram günlerinde af edilmeleri, müessesenin esası ile hiç alakası bulunmayan hususlara yer vermek neticesini tevlit eylemektedir. Halbuki muhakemenin yeni vakıa veya deliller ile iadesini kabul maddî hakikâtın tezahürüne imkân verecektir. ⁵

Mehaz kanun hazırlanırken, yeni vakıaların veya delillerin muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul edilmesi benimsenirken, bu fikri kabul edenlerden bazıları bir tefrike taraftar olmuşlar, bida-yet mahkemesinin hükmünün istinafta tetkik edilmiş olması halinde muhakemenin iadesinin yeni deliller veya vakıalar ile kabul edilemeyeceği fikrini savunmuşlardı. Kanunun esbabı mucibesi bu görüşü haklı olarak, ⁶ yeni deliller veya vakıalar kanun yoluna müracaat müddeti geçtikten sonra meydana çıkmış olabileceği mülahazası ile reddetmiştir. Ancak diğer bazıları, istinaftan geçen hükümlerde de yeni vakıalarla veya delillerle muhakemenin iadesinin mümkün olmasını kabul etmektedirler. ⁷ Beyan edelim ki, mehaz kanunun hazırlandığı zaman içinde hem istinafı ve hem de istinaftan geçmiş hükümler için yeni vakıaların veya delillerin mevcudiyeti halinde muhakemenin iadesini kabul etmiş eyalet kanunları vardı. Bu cümleden olarak Hessen md. 475, Thüringen md. 338, Lübek md. 267, Bremen md. 679 gösterilebilir. ⁸

3) *Hentig*, 91.; *Anders*, 35.

4) *Anders*, 35.; *Hentig*, 91.

5) *Hentig*, 91.

6) *Hentig*, 91.

7) Bu husus için bak: *Hentig*, 91.

8) Bu kanunlar mehaz kanunun hazırlık çalışmalarında bilhassa zikrolunmuşlardır. Hahn, Mat. 1/263

II — MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM

Yeni vakıalar veya deliller sebebiyle muhakemenin iadesi mevzuunda iki sistem mevcuttur denilebilir. Bir sistem, müessesenin lehinde ileri sürülmüş bulunan fikirlerin tesiri altında kalarak yeni vakıalar veya deliller sebebiyle muhakemenin iadesini kabul etmektedir.

Bu sistem içinde şu memleket kanunları tetkik olunabilir.

A — Fransız hukukunda muhakemenin iadesi 29.6.1867 tarihli kanuna göre üç sebeple mümkündür. Bunlar, 1 — Kasten veya taammüden adam öldürme suçundan mahkûm olan kimse, ölü mağdurun hayatta olduğunu iddia ederse, 2 — bir kimse mahkûm olduktan sonra aynı fiilden dolayı diğer bir şahıs mahkûm olur ve birinci şahsın kusursuzluğu anlaşılırsa, 3 — mahkûmiyet hükmünden sonra failin aleyhinde beyanda bulunan şahitin yalan yere yeminden mahkûm olması halleri idi. Kanunda yapılan 8.6.1895 tarihli tadil maddeye yeni bir iade sebebi ithal etti. Buna göre, mahkûmiyetten sonra mahkûmun kusursuzluğunu teyid eden yeni vakıa zahir eder veya bilinir veya ilk mahkûmiyet zamanında bilinmeyen bir delil ikame olunursa, bu haller muhakemenin iadesi sebebi olabilmektedir. Demekki, 1895 tarihli kanun ile Fransız hukuku yeni delil veya vakıaları iadei muhakeme sebebi olarak kabul etmiştir.

B — Belçika hukuku da Fransız hukukuna benzemektedir. 18.6.1894 tarihli kanun, mahkûmun kusursuzluğunu isbata yarayacak yeni bir durumun tahaddüsü muhakemenin iadesi sebebi olabileceğini kabul etmiştir. Ancak, kanun her yeni vakıa veya delilin iadei muhakeme sebebi yapılarak talepte bulunulmasına mani olmak istemiş ve bu sebeple yapılacak talebin 3 avukat tarafından dermeyan edilmesi şartını aramıştı. Hattâ, bu hususa kanun o kadar ehemmiyet vermiştir ki, bu avukatların 10 seneden beri ya istinaf veya temyiz mahkemesinde dava takip etmiş olmaları şartını da aramıştı.

6 — Avusturya hukuku da Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun 353 üncü maddesinde, yeni vakıa veya delil dermeyan edilipte bunlar yalnız başına veya daha evvel irad edilen delillerle birlikte failin beraetini veya daha hafif bir cezayı ihtiva eden bir kanunun tat-

bikini icap ettirecek mahiyette ise, iadei muhakeme sebebi olabileceğini kabul etmektedir⁹.

D — Portekiz hukuku da 3.4.1896 tarihli Revizyon kanunu ile evvelce kabul edilmiş bulunan 4 iade sebebine ob nova, yani zuhur eden yeni durumların da muhakemenin iadesi sebebi olabileceğini ithal etti.

E — Hollanda hukuku 14.6.1899 tarihli kanun ile, hükmü veren hakimce bilinmeyen ve yeni deliller yalnız veya eski deliller ile birlikte hükmün doğruluğu hususunda şüphe yaratması halini de muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul etmiştir.

F — Norveç hukuku 1.7.1887 tarihli Ceza muhakemeleri usulü kanunu ile, Alman hukukunun tesiri altında, hükme esas kabul edilen delillerin sahteliğinin tebeyyün etmesi (ob falsa) yanında ehemmiyetli yeni vakıa veya delillerin de muhakemenin iadesi sebebi olabileceğini kabul etmiştir. Beyan edelim ki, Norveç hukuku yeni vakıaların veya delillerin yalnız lehe değil, aleyhe de iade sebebi olabileceğini 415 inci maddede kabul etmek suretiyle, tesiri altında kaldığı Alman kanunundan ayrılmaktadır.¹⁰

G — Macaristan Ceza muhakemeleri Usulü kanununun 4.12.1896 tarihli şekli ilk defa, 446 cı maddesinin 3. numarasında, kanunumuzda olduğu gibi, yeni vakıalar veya delillerin dermeyan edilmesi halinde bunların yalnız veya daha önce ikame olunanlarla birlikte mahkûmun suçsuzluğunu veya daha hafif bir ceza ile tecziyesini gerektirir derecede olmasını iade sebebi olarak kabul etmiştir. Bu hal yalnız lehe değil, fakat aleyhe dahi bir iade sebebi olabilmekteydi (md. 449). 1954 tarihli kanununun 213 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası aynı hükmü ihtiva etmektedir.

H — İtalyan hukuku dahi gerek 1913 kanununun 538 inci maddesinin 2 inci fıkrasında gerek 1930 tarihli kanunun 554 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında, yeni delil veya vakıaların yalnız başına veya evvelce ikame edilmiş olanlarla birlikte fiilin ika edilmediğini veya failin bu fiili ika etmediğini isbat eder derecede olmasını iade sebebi olarak kabul etmiştir.

9) *Tlapek-Serini*, Strafprozessordnung, 4 Aufl. Wien, 1960, 317.; *Gampp*, Lehrbuch des österreichischen Strafprozesses, Wien 1923, 121.

10) *Hagerup*, Überblick über die geschichtlichen Entwicklung des norwegischen Strafprozesses und seine Reformen durch das Gesetz vom 1.7.1887, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 9/130.

Diğer, yani yeni delil veya vakıaların muhakemenin iadesi sebebi olamayacağı sisteminin, yaptığımız tahkikat neticesi, Japon (md. 301) ve Bulgar (md. 588) kanunları tarafından kabul edildiğini zannediyoruz. Sistemi kabul eylemiş bulunan bu memleketler, müessesenin aleyhinde ileri sürülen fikirlerin tesir altında kalmışlardır

III — YENİ DELİL VEYA VAKIANIN İADE SEBEBİ OLABİLMESİ HUSUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

1 — *Yeni delil veya vakıa muhakemenin iadesi sebebi olmamaktadır.*

A — Yeni delil veya vakıa muhakemenin iadesi sebebi olamaz. Zira, mahkemenin ilk hükmüne esas olarak kabul eylemiş bulunduğu delil ve vakıalar aradan uzunca bir zaman geçtikten sonra eski canlılığını kaybetmekte ve bu sebeple, sonradan ikame olunan ve yeni olduğu iddia edilen vakıa veya deliller, esasta eski olmakla beraber, bu sebeple, yani eski delillerin canlılığını kaybetmesi dolayısıyla yeni imiş gibi telakki edilmeleri mümkün bulunmaktadır. Bu hal ise amme efkarının hukuk telakkisini sarsacak neticeler tevhit etmekte, her iadeî muhakeme talebinin kabul edilmek suretiyle ya beraet veya daha hafif bir cezanın bu yol ile elde edildiği kanaatinin belirmesine sebep olmaktadır.¹¹

B — Bu mevzuda diğer bir fikir Löwe-Rosenberg tarafından, yeni vakıalar veya deliller sebebiyle yapılan iadeî muhakeme talebinin kabulü hususunda çok titizlikle hareket edilmesi gerektiğine işaret edilmesi şeklinde ileri sürülmüş bulunmaktadır¹².

Buna göre kısa müddetli hürriyeti bağlayıcı cezalarda mahkûmun akrabaları daima lehe şahadette bulunmak isteyecekler, uzun müddetli hürriyeti bağlayıcı cezalarda ise, aleyhte olan deliller kaybolduğu nisbette, yeni delil veya vakıaların temini de kolay olacak, bu şekilde de muhakemenin iadesi üzerine yapılan duruşma eski delillerin kaybolması sebebiyle eskilerin eksikliği ve yeniden getirilenlerin de tesiri altında icra olunacaktır.

11) *Winkler*, Gerichtssaal,, 78/359

12) *Löwe - Rosenberg*, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 19. Aufl. Berlin 1934, 796.; *Löwe - Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichts - verfassungsgesetz, 20. Aufl. Berlin 1958, 882.)

2 — *Yeni delil veya vakıa muhakemenin iadesinin sebebi olmaktır.*

A — Muhakemenin iadesi sebebi olarak yeni delil veya vakıayı kabul etmek istemeyenler, mevcut delillerin zamanla kaybolduğunu veya eski canlılığını kaybettiğini ileri sürerler. Bu fikir yerinde değildir; zira mahkûmiyete esas olarak kabul edilmiş bulunan delil veya vakıa esasen dosyada mevcuttur ve kaybolma ihtimali çok azdır. Bundan başka, bir delilin aradan zaman geçtikten sonra eski olmakla beraber yeni imiş gibi mahkemeye arzı kolay değildir, çünkü dosya içinde mevcut deliller muvacehesinde ve bunların karşılaştırılması neticesi ileri sürülmüş bulunan bir delilin yeni mi yoksa eski mi olduğu kolaylıkla tesbit olunabilecektir. ¹³

B — Yeni vakıa veya delil ikame edilmesini, muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul hususunda korkak davranmak için hiç bir sebep yoktur. İkrarı aleyhte muhakemenin iadesi hususunda sebep kabul eden bir kanunun yeni delil veya vakıalara bu tesiri tanımaması tecviz olunmamalıdır. Nasıl ki ikrarın itimada şayan olup olmaması tetkik ve tesbit edilebilmekte, ve ancak itimada şayan olduğu takdirde muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul edilmektedir, o halde ikame olunan delil veya vakıanın da yeni olup olmadığının tesbiti mümkün olup, ancak yeni oldukları takdirde muhakemenin iadesi için bir sebep olabileceklerdir. ¹⁴ Beyan edelim ki Hentig, yapmış bulunduğu tetkiklere istinatla şu neticeye varmaktadır ki yeni delil veya vakı ile muhakemenin iadesinin kabul edilmiş bulunması, iadei muhakeme taleplerinde aşırı bir artma neticesini tevhit etmemiştir.

3 — *Kanatımız*

Yeni vakıaların veya delillerin muhakemenin iadesi sebebi olabilmeyip olamayacağı mevzuunda ileri sürülmüş bulunan fikirlerin karşılaştırılmasından edindiğimiz kanaat şudur ki, hukukumuzun bu hali de bir iade sebebi olarak kabul etmiş bulunması çok yerindedir. Mukayeseli hukuk içinde tetkik etmiş bulunduğumuz Devletler kanunları göstermektedir ki, yeni deliller veya vakıaların serdi muhakemenin iadesi sebebi olmalıdır ve tatbikat bu zarureti hissettirmek-

13) *Anders*, 35.

14) *Hentig*, 91.

tedir ve kanun bu ihtiyacı kabul etmek zorunda kalmaktadır. Ezcümle Fransız ve Alman hukuklarında önceleri kabul edilmemiş yeni vakıa veya delilin iade sebebi olması, daha sonra kendisini kabul ettirmiştir. Ancak, müessesenin aleyhinde ileri sürülen fikirlerin tamamen hatalı olmadığını, bunlarda bir çok hakikat hissesinin mevcudiyetini de kabul etmek gerekir. Ezcümle eski ve yeni delillerin birbirine karıştırılabileceği aradan uzun bir zaman geçtikten sonra bazı delillerin kaybolmasının ihtimal dahilinde bulunduğu doğrudur. Fakat aleyhe ileri sürülmesi mümkün bu sebepler, müessesenin kabulüne mani olmamalıdır ve iyi bir tatbikat, bu aksaklıkların bertarafını imkân dahilinde alabilecektir.

IV — YENİ DELİLLER VEYA VAKIALAR

Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun 327 inci maddesinin 5 numarasında gösterilmiş bulunan bu iadeî muhakeme sebebi, diğer ve maddenin 1,2 ve 3 numarasında tesbit edilmiş bulunan sebeplere nisbetle en şumullü ve en mühimmini teşkil eylemekte diğer numaralarda gösterilen sebeplerden ve evvelce ikame edilmiş bulunan delil ve vakıalardan başkalarını ihtiva etmektedir. 327 inci maddenin 1 ve 2 ci numaralarının aksine olarak burada bahis konusu olan iade sebebi en geniş manada kusur meselesine müteveccih olup, eski hükme esas teşkil eden maddî vakıalara taaluk eder. Bu maddî vakıaların objektif veya subjektif mahiyette olmaları haizi ehemmiyet bulunmadığı gibi, cezalandırılmaya mani veya bunu azaltan veya ağırlaştırıcı bir sebep olmuş bulunması da ehemmiyetli değildir.

Yine, müteveccih bulunduğu husus kusurdan başka Devletin cezalandırma hakkının esasına veya mevcudiyetine de taaluk edebilir; ezcümle, cezaya ehliyetsizlik, yaş sebebiyle cezalandırılmama, müruru zaman gibi haller misal olarak verilebilir. Usulü bir eksiklik, meselâ şikayet dilekcesinin mevcut olmaması halinin muhakemenin iadesi sebebi olabilip olamayacağı hususu ihtilaflıdır. Bazı müellifler¹⁵ bu halde, yani usulü bir eksikliğin muhakemenin iadesi sebebi olacağı kanaatindedirler. Buna karşı, hakim kanaat¹⁶ bu halde

15) *Lucas*, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Berlin 1913, 871.; *Neumann*, System der strafprozessualen Wiederaufnahme, Berlin 1932, 53.

16) *Beling*, Deutsches Reichstrafprozessrecht, Berlin 1928, 431.; *Gerland*, Der deutsche Strafprozess, Berlin 1927, 439.; *v. Kries*, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, 1892, 707.; *Löwe - Rosenberg*, 19/976.

muhakemenin iadesinin mümkün olmadığı fikrindedir. Alman Temyiz mahkemesi de bu kanaattadır ¹⁷

Kanunumuza göre 5 numarada gösterilen sebep ile muhakemenin iadesini talep edebilmek için ileri sürülen hususların vakıalar veya deliller olması gerekir.

Kanunumuz yeni olan hususun «Deliller» veya «Vakıalar» olmasını göstermiştir. Kanunun ifade tarzı çoğul şeklindedir. Fakat bu demek değildir ki, ikame edilen bir delil veya vakıa, şartları varsa muhakemenin iadesi sebebi olamaz. Mehzaz kanunda da mefhumlar kanunumuz gibi çoğul olarak istimal edilmiş, fakat bu halin tekil olarak kabule mani olamayacağı benimsenmiştir. ¹⁸

Bu manada *Vakıa*, ihtimaller veya imkânlar veya hukukî telakkiler değildir. ¹⁹ Hadisenin başka bir şekilde değerlendirilmesi de vakıa mefhumuna ithal edilemez. ²⁰ Vakıadan maksat, doğrudan doğruya veya dolayısıyla usul hukuku içinde isbat vasıtası olarak kabul edilebilen şeylerdir ²¹ Hayatta vakıa olarak kabul edilen her şey bu mefhumda dahildir. Bu sebeple vakıa mefhumunu Ceza hukukunda ve yalnız teknik tabir içinde ifade edilmiş bir mefhum olarak kabul etmemek gerekir. Bir şey vakıa olma vasfını, beş his vasıtası ile telakki edilmesinde ve bunun da doğrudan doğruya vuku bulması halinde alır. ²² *Delil* den maksat, CMUK muzun 254 üncü maddesinde formüle edildiği gibi, mahkemeye arzı mümkün, kanaat teessüsüne elverişli ve kontrolü imkân dahilinde olan hususlardır. Bunlar şahit, herhangi bir vesika, keşif mevzuu ilh. olabilir. ²³

Kanunumuzun ifade tarzına göre yeni iade sebepleri yalnız vakıa veya delillere inhisar etmesi hali, talepte de ehemmiyet arzedecektir. Zira muhakemenin iadesini talep hususunda ikame edilmesi arzu olunan yeni delilin temini yeni vakıaya nisbetle çok kolaydır, ve bu sebeple eski bir vakıanın yeni bir delil ile başka bir şekle bürünmesi mahkûm bakımından tercihe de şayandır. Elbette eski bir delilin yeni bir delil ile de berterafı mümkündür. Fakat eski hükme esas teşkil eden bir delilin yeni bir vakıa ile berteraf edilebilmesi muhakemenin iadesi şekli içinde en zordur. ²⁴

17) RG. 19/321. I. C. Dairesinin 13.6.1889 tarihli kararı.

18) *Löwe - Rosenberg*, 20/883.

19) *JW*. 1925/2613

20) *Peters*, Strafprozess, Karlsruhe 1952, 538.

21) *Kohlrausch*. Strafprozessordnung, 24. Aufl. Berlin 1936, 352.

22) *Hentig*, 93/not 1.

23) *Kohlrausch*, 24/352.; *Hentig*, 93 not 2.

24) *Hentig*, 94, 95.

Muhakmenin iadesi sebebi olabilmesi için dermeyan edilen vakıaların veya delillerin *yeni* olması gerekir. *Yeni* demek, hüküm tesis olunduğu zaman mahkemece bilinmeyen ve failin kusurluluğunu tesbitte tesir icra edebilen ve ilk hüküm tesisinde hiç nazara alınmamış bulunan hususlardır.²⁵ Şu izah tarzı göstermektedir ki, bir vakıa veya delil hüküm tesisi zamanında fail tarafından bilinse, fakat mahkemeye ikâme edilmemiş olsa ve bu sebeple de hükümde değerlendirilmemiş veya hükme tesir etmemiş olsa, bu iadei muhakeme sebebi olabilecektir; zira, bahis konusu olan yenilik fail bakımından değil mahkeme bakımından aranmalıdır.²⁶

Delilin yenilik vasfı, ilk muhakemenin yapıldığı zaman mahkemeye arzedilmiş olup olmaması ile alakalı değildir. Evvelce ikame edilen bir şahit bazı noktalarda beyanda bulunmamış ise, beyanda bulunmadığı hususlar muhakemenin iadesi sebebi olabilir. Bu sebeple, şahidin daha evvelce mahkeme ile temasa geçmiş olması iade talebinin reddi için sebep değildir.²⁷ Aynı şekilde şahitlikten çekinme hakkı olan ve bu hakkını istimal etmiş olması sebebiyle ifadesine müracaat edilemiyen şahit daha sonra bu hakkını istimalden feragat etmiş ise, bu delil yenidir.²⁸ Duruşmada bir şahidin dinlenmesi talep edilir ve bu da mahkemece bilindikten sonra, ifadesinin alınmasındaki müşkülât veya başka bir sebep ile dinlenmesinden vazgeçilmiş olması halinde, daha sonra bu şahidin yeni delil olarak ikamesi mümkündür.²⁹ Evvelce yeminsiz dinlenmiş bulunan bir şahidin daha sonra yeminli olarak ve eski ifadesinden başka bir şekilde beyanda bulunmak istemesi, muhakemenin iadesi hususunda sebep olabilip olamayacağı meselesi münakaşalıdır. Bazı müellifler ve tatbikat³⁰ bu halde muhakemenin iadesini kabul ederler. Bazı müellifler ise bu halin iade sebebi olmayacağı kanaatindedirler.³¹ İştirakten dolayı aslî ve fer'i faillerin kesin hüküm ile mahkûmiyetlerin-

25) Kohlrausch, 24/352.; Tlapek - Serini, 318.; Löwe-Rosenberg, 20/882.; Fischer, Voraussetzungen und Beschraenkungen der strafprozessualen Wiederaufnahme, Erlangen doktora tezi, Kallmünz 1934, 35.; Neumann, 41.; Hahn, Mat. 1/1585.

26) Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, Darmstadt 1950, 573.

27) Fischer, 34.; Hentig, 93.

28) Löwe-Rosenberg, 20/883.; Hentig, 93.; Fischer, 34.

29) Hamm Eyalet Yüksek mahkemesinin 12.11.1955 tarihli kararı. Bu karar için bak: NJW. 1956/803.; Aynı kanaat, Neumann, 43.; Hentig, 93.

30) Bu fikri müdafa eden müellifler ve tatbikat için bak: Fischer, 34.

31) Löwe-Rosenberg, 20/883.; KMR, 574.

den sonra, şeriklerden bazıları aslî failin ve kendisinin kusursuz olduklarını beyan etmiş olması halinde, bu beyan önceki davada söylenilmiş olan hususun aynı olduğu takdirde, yeni delil sayılamaz.³² Dava dosyasının yanmış veya kaybolmuş olması hali, ikame edilen delillerin yeni olup olmadığının tetkikine mani değildir.³³ Ancak, ikâme olunan delilin yeni olup olmadığının tetkik edilmesi hususu imkân haricinde veya bu hususun tesbiti şüpheli ise, bu halde talebin, muhakemenin iadesinin kabule şayan olmadığı noktasından reddedilmesi gerekir. Burada in dubio pro reo, yani şüphe sanığın lehine yorumlanır kaidesinin tatbikine imkân yoktur³⁴ Zira, in dubio pro reo kaidesi mahkemece yapılan delil telakkisi sebebiyle maznun lehine olan bir durum yaratır. halbuki muhakemenin iadesinde ikame edilen delillerin yeni olup olmadığının tetkik edilebilmesi delil telakkisi müessesesini değil, dava şartını ilgilendirir. Bu sebeple ikame edilen delillerin tetkiki neticesi mevcut hükmü sarsacak mahiyette olması mutlak surette tesbit edilmelidir. Bunun mümkün olmaması halinde, in dubio pro reo değil, şüphenin kesin hükmün lehine yorumlanması gerektiği kaidesi tatbik edilmelidir.³⁵

Mahkemeye ikâme edilmiş ve fakat reddedilmiş olan bir delilin yeni olup olmadığı hususu münakaşalıdır. Bazı müellifler³⁶ bu halde ikame edilen delilin yeni olmadığı kanaatindedir. Buna karşılık bazı müellifler bu halin iade sebebi olabileceğini, zira, ikame edilen bir delilin yeni olması için mahkemece tetkik edilmemiş ve hükme esas olarak değerlendirilmemiş veya hüküm tesisinde herhangi bir tesiri olmamış bulunması gerektiği şartını arayıp, yoksa sırf mahkemeye arz edilmiş ve tetkik edilmemiş bulunan bir delilin daima eski bir delil kabul edilemeyeceğini haklı olarak belirtirler.³⁷

Anayasa mahkemesinin vermiş bulunduğu bir karar ile bir kanunun veya bir maddenin anayasaya aykırı olduğu tesbit edilmiş ve bu kanun veya madde kaldırılmış ise, bu yeni delil olarak kabul edil-

32) *KMR*, 574.; *Löwe-Rosenberg*, 20/883.

33) *Löwe-Rosehberg*, 20/883.

34) *Hentig*, 93, 94.; *Löwe-Rosenberg*, 20/883

35) Bu fikir ve karar Braunschweig Eyalet Yüksek mahkemesi tarafından 30.1.1959 verilmiştir. Bu karar için bak: *NJW*. 1959/1948.; Aynı mahiyette diğer bir karar Karlsruhe Eyalet Yüksek mahkemesince 27.12.1957 tarihinde verilmiştir. Bu karar için bak: *NJW*. 1958/1247.

36) Puchelt, 657. *Hentig*, 94 ten naklen.

37) *Hentig*, 94.

melidir.³⁸ Hukuk mahkemesinden sadır olan bir kararın da yeni delil olarak kabul edilmesi gerekir.³⁹ Ancak, yabancı mahkemelerden verilmiş bulunan bir hükmün yeni delil olma vasfı münakaşalıdır. Alman tatbikatı⁴⁰ yabancı bir hukuk kaidesinin tatbikini yeni delil olarak kabul etmemektedir. Bazı müellifler, mesele için mutlâk bir kaidenin vaz edilmesinin mümkün olmadığını haklı olarak belirtirler. Bunlara göre⁴¹ hernekadar CMU hukukunda jura novit curia kaidesi tatbik edilmekte isede, bazen öyle bir hal olabilirki, yabancı mahkeme hükmü milli mahkemenin hükmünde esas alamayacağı ve almadığı veya bu mahkemece bilinmeyen bir hususu tesbit etmiş ve hükmüne ithal etmiş bulunabilir.

Yeni delil veya vakıanın tetkiki yanında bilirkişi raporunun da bu vasfı haiz bulunup bulunmadığı hususunun incelenmesi ehemiyet arz etmektedir. Beyan edelim ki, bu mesele gerek doktrin gerek tatbikata münakaşalıdır.

Önce bilirkişi raporunun tetkik edebileceği hususları inceleyelim. Evvela rapor, mahkeme tarafından hiç münakaşa edilmemiş veya diğer bilirkişinin veya mahkemenin gözünden kaçmış meseleyi tetkik eder veya evvelce münakaşası yapılmış bir meseleye yeni esaslar veya aydınlatıcı noktalar getirebilir. Bu haller de bilirkişi raporunun CMUK nun 327 inci maddesinin 5 numarasında gösterilen yeni vakıa veya delil olma vasfı kabul edilmelidir⁴²

Saniyen, evvelki muhakemede talep olunan ve mahkemece reddedilen bir bilirkişi raporu da, iddia edilmiş bulunan hususlar mahkeme tarafından tetkik edilmediği takdirde, yine yeni delil veya vakıa olabilecektir.⁴³

İade sebebi olabilip olamayacağı hususunda bilhassa münakaşalı olan husus, evvelce tetkik edilmiş bulunan, yani, yeni olmayan bir vakıa sebebiyle sonradan dermeyan olunan bilirkişi raporudur. Bu mevzuda çeşitli fikirler mevcuttur. Alman Eyalet Yüksek mah-

38) *Dalcke-Fuhrmann-Schaefer*, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl. Berlin 1961, 1609.;

39) *Löwe-Rosenberg*, 20/883.; *Fischer*, 33.; *Hentig*, 93. Temyiz mahkememizin bu hususu kabul eden. 5. CD. 10.10.1951 Tarih ve 3955/3533 sayılı kararına bak: *Çağlayan*, 683.

40) Bu hususta bak: *Löwe-Rosenberg*, 20/883.

41) *Fischer*, 33.

42) *Fischer*, 35.; Hukukumuzun tatbikatını yapmış bulunan Temyiz mahkememiz de meseleyi bu şekilde mütalâa eylemiş ve bilirkişi raporunu yeni delil olarak kabul etmiştir. 1. CD. 26.9.1957, 2243/2579, *Çağlayan*, 692.

43) *Hentig*, 94.

kemelerinden bazıları,⁴⁴ mahkemeye arz edilen bilirkişi raporlarının daha evvelce tetkik edilmiş bir meseleye ait olması halini yeni vakıa veya delil olarak telakki, ve muhakemenin iadesi sebebi olarak CMUK nun 327 inci maddesinin 5 numarasında gösterilen hal içinde kabul etmemişlerdi. Bu mahkemelerin ileri sürdükleri esbabı mucibe toplu ve hülasa olarak şu noktaya müteveccihdir: «aksi fikrin kabulü-yani ileri sürülen yeni bir bilirkişi raporu-muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul edildiği takdirde, kesin hüküm ile neticelenmiş bir çok davaların muhakemenin iadesi yolu ile tekrar tetkiki imkân dahiline girecektir; zira, mahkeme hükmünü tesis ederken pek çok hallerde bilirkişi raporuna istisnat etmektedir. Bilirkişiler, bilhassa tıp ilminde, bir mesele hakkında çeşitli kanaatlara sahip olmaktadır. Daha evvelce bir mesele hakkında şu veya bu şekilde rey ve mütalâa beyan etmiş bulunan bir bilirkişiden sonra, aynı mesele hakkında tamamen başka bir kanaat sahip bulunan başka bir bilirkişinin temini ve aksi bir raporun alınması daima mümkündür. Bu hal ise terviç edilemeyecek olan, her kesin hükmün muhakemenin iadesi caresi ile tekrar görülebilme neticesini tevlit edecektir.»

Bu fikrin tamamen aksi kanaat da Alman tatbikatında kabul edilmiştir. Buna göre, her bilirkişinin raporu yeni bir delil olarak telakki edilmelidir; zira, her yeni bilirkişinin şahsiyeti ve kanaatı o mesele hakkında yeni delil mahiyetindedir.⁴⁵ Tatbikatta üçüncü ve kompromis bir hal tarzını aksettiren kararlar da mevcuttur. Bu görüşe göre,⁴⁶ mesele hakkında başka bir bilirkişinin vermiş bulunduğu rapor kaide olarak muhakemenin iadesi sebebi olamaz. Ancak, verilmiş bulunan bu yeni raporda yeni bir vakıa dermeyan edilmiş ise bu hal iade sebebi olabilir. Evvelce verilmiş bulunan rapordan sonra o mesele hakkında bahis konusu olan branşta umumî bir kanaat değişikliği meydana gelmiş ise yeni vakıa olarak kabul edilir; bil-

44) Ezcümle, Colmar Eyalet Yüksek mahkemesinin 30.6.1906 Düsseldorf Yüksek mahkemesinin 28.1.1924, ve 28.1.1925 tarihli kararları. Bu kararlar için bak: *Hentig*, 94.; *Fischer*, 35.; *Löwe-Rosenberg*, 20/882, 883.

45) Bu karar ve kanaat için bak: *Fischer*, 35.; Beyan edelim ki bu karar doktrinde ifrat olarak vasıflandırılmaktadır.

46) Hamburg Eyalet Yüksek mahkemesinin 21.8.1901, Karlsruhe Eyalet Yüksek mahkemesinin 29.2.1916, Rostock Eyalet Yüksek mahkemesinin 29.5.1909, Dresden Eyalet Yüksek mahkemesinin 11.1.1900 tarihli kararları. Bu kararlar için bak: *Hantig*, 94.; *Fischer*, 35.; Bavyera Eyalet Yüksek mahkemesi de aynı şekilde 4.3.1929 tarihinde içtihad etmiştir. Bu karar için bak: JW. 1929/1491.

hassa mekanik, teknik gibi branşlarda eski raporun verilmesinden sonra meydana gelen keşifler ve icatlar ile ilimdeki ve tatbikattaki yenilikler sebebi ile o meslekteki kanaatların değişmiş bulunması ve eski telakkilerin terkedilmiş olması muhakemenin iadesi sebebi olabilir.

Şartlı olarak ve kompromis hal tarzı içinde meseleyi tetkik etmiş bulunan diğer bazı kararlar da Alman mahkemelerinden sadır olmuştur. Bu kararların bazıları, yeniden rapor veren bilirkişinin tanzim ettiği raporda yeni vakıalar serdedilmiş ise ve bunlar da yeni olma vasfını haiz iseler iade sebebi olarak kabul edilebileceği hususuna müteveccihdir. Bunun takdiri ise mahkemeye ait olduğu ve bilirkişinin muhakemenin yardımcısı olması sebebiyle böyle bir neticeye varılabileceği kabul edilmektedir.⁴⁷

Diğer bir karar bilirkişinin şahsı bakımından tahdidi ifade etmekte, ve yeniden rapor tanzim eden bilirkişi daha önce o dava konusu ile meşgul olmuş ve rey ve mütalâada bulunmuş meselenin mahiyetine vakıf olmuş ve yeniden verdiği raporda meseleyi inanılır ve güvenilir şekilde tetkik ve tesbit edebileceği de beklenmekte ise, ancak bu halde iade sebebi olabileceği kabul edilmektedir.⁴⁸

Beyan edelim ki, Alman mahkemelerinin tatbikatı cümlesinden olarak verdikleri kararlarda, muhakemenin iadesi sebebi olarak tanzim edilmiş bulunan raporun o meselenin daha önceki safhasına vakıf olan ve aynı bilirkişi tarafından yeniden verilecek raporun iade sebebi olabileceği tenkit edilmektedir.⁴⁹ Bu mesele hakkındaki kanaatımızı belirtmek istersek diyebileceğiz ki; evvela, bilirkişi raporunun muhakemenin iadesi sebebi olamayacağı hususundaki görüş kabul edilemez. Saniyen, tanzim edilmiş bulunan yeni raporun o meselenin eski safhahatına vakıf olan aynı bilirkişi tarafından verilmiş olması şartı da, herhangi bir mesnedi olmaması sebebiyle tenkide müsaittir. Kanaatımızca en doğru hal tarzı, ilim ve tekniğin inkişafı sebebiyle aynı hadisenin yeni bir şekil almış bulunması sebebiyle verilen değişik rapor veya aynı meselede yeni vakıalar dolayısıyla tanzim edilmiş bulunan raporun muhakemenin iadesi sebebi olabilmesidir. Hadise aynı kalmış ve fakat bundan çıkarılan netice, zaman içinde, durumda ve ilimde herhangi bir değişiklik ol-

47) RG. 57/158, 159 Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin 4. Ceza dairesinin 1.12.1922 tarihli kararı.

48) KG. 2. Ceza dairesi 3.12.1927. Bu karar için bak: JW. 1927/3060.

49) KMR, 574.; Löwe-Rosenberg, 20/882, 883.

madan, değişik olmuş ise, bu raporun muhakemenin iadesi sebebi olmaması gerektiğini zannediyoruz.

Bu sebeple, ikame edilen yeni raporun muhakemenin iadesi sebebi olup olmama vasfı bunun tetkiki neticesi tesbit edilecek ve neticede mahkeme ileri sürülmüş bulunan hususların eski rapor ile karşılaştırılmasından sonra bunların yeni delil olup olmadığını tesbit edecek ve kararını delillerin yeniliği veya eskiliği hususuna müteveccih olarak tesis edecektir. Şayet ikame olunan raporda yeni delil mahiyetini haiz herhangi bir husus yoksa muhakemenin iadesi talebi, delillerin yeni olmadığı sebebiyle reddedilecek, yoksa muhakemenin iadesine uygun mahiyette olmadığı sebebi ile reddi cihetine gidemeyecektir.⁵⁰

CMUK 327 inci maddesinin 5 inci numarasının ilk cümlesinin üzerinde durulması gereken ve ikame edilmiş bulunan yeni vakıa veya delillerin iade sebebi olabilmesini temin edebilecek diğer bir husus, maddede «yani vakıa veya deliller dermeyan edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde maznunun beraetini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkûm olmasını istilzam edebilecek mahiyette» olması şartı aranmaktadır. Bu hüküm ile kanun, kesin hüküm müessesesi ile yeni vakıa ve delilleri birbiri yanında aynı ehemmiyette talakki etmekte ve ancak ikame edilen yeni delil veya vakıaların beraet veya daha hafif bir cezayı gerektirecek MAHİYETTE olması halinde iade usulünün bu ilk safhasında kesin hüküm müessesesinden fedakarlık yapmağa katlanmaktadır. Metinde ifade edilmiş bulunan «mahiyette» olma tabiri, yani vakıa veya delillerin hükmün temelini sarsarak beraeti veya daha hafif bir cezanın verilmesini «imkân» veya «ihtimal» dahiline (Möglichkeit) almak veya tahmin (Vermutung) edilebilir hale koymak değil, bundan başka ve daha kuvvetli hususların mevcudiyetini ve bunun muayyen ve akla yakın bir gerçeğe takabül etmesini (Wahrscheinlichkeit) aramaktadır. İşte ancak bu vasfı ile, yani akla yakın ve muayyen bir gerçeğe uygun olduğu takdirde ileri sürülen yeni vakıa veya deliller beraeti veya daha hafif bir cezayı gerektirir mahiyette olabilecek ve ancak bu şart ile iadei muhakeme safhasının bu ilk kesiminde kesin hüküm müessesesinde bir gedik açılacaktır⁵¹. İleri sürülmüş

50) *Neumann*, 46; *Fischer*, 38.

51) *Fischer*, 38.; *Hentig*, 98.; Beyan edelim ki, me haz tatbikatta kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünden sonra mahkumun fiili ika eylediği zaman akıl hastası olduğu hususunda mahkemeye ibraz eylediği ve muhakemenin iadesi-

bulunan yeni vakıa veya delillerin muhakemenin iadesi sebebi olabilmesi için, bunların yalnız muayyen ve akla yakın bir gerçeğe uygun olması yetismeyecek, ayrıca eski hükmün temellerini maddî tesbitlerini sarsacak ve mevcut hükümden başka bir hükmün tesisini icap ettirecek mahiyette de olması gerekecektir.⁵² Fakat, bu demek değildir ki ikame edilen yeni vakıa veya deliller mutlâk surette bir suç tipi yaratacaklar ve bu da eski hükmün haksızlığını ortaya koyacak mahiyet arzedecektir. Daha ziyade ikame edilen yeni delil veya vakıaların mevcut subut delilleri zincirindeki yeri tetkik edilmeli, ve ikame edilen bu yeni hususların mevcut hükme esas olarak kabul edilmiş bulunan deliller zincirine yapacağı tesir ve bu tesir neticesi, mahkemenin bütün bu deliller ile varması gereken netice nazara alınmalıdır⁵³ Bu halde görülecektir ki, mahkeme ikame edilen yeni vakıa veya deliller muvacehesinde eski hükmüne esas olarak kabul ettiği hukukî kanaattan hareket etmeyecek, bilakis mevcut bütün deliller sebebiyle ne şekilde bir neticeye varması gerektiği hususunu araştıracaktır.

İkame olunan yeni vakıa veya delillerin eski hükmü beraet veya daha hafif bir ceza verilmesi mevzuunda sarsacak mahiyette bulunup bulunmadığı keyfiyeti, yalnız eski hükmün esbabı mucibesinde gösterilmiş bulunan deliller veya vakıalar ile karşılaştırılmak suretiyle tesbit edilmemelidir. Bu karşılaştırma, dosyada mevcut bütün vakıa veya deliller ile yapılmalıdır; zira CMUK nun 260 ıncı maddesi hükmün esbabı mucibesinde hangi delil veya vakıaların gösterileceğini tesbit etmiş, dava dosyasında mevcut bütün delil veya vakıaların esbabı mucibede yer almasını aramamış, hattâ bu maddenin 5 inci fıkrası, kanun yollarına müracaata selâhiyetli olanlar bu haklarından vazgeçtiklerini beyan ederlerse suçun kanunî unsurlarını gösteren vakıaların ve tatbik edilen kanun maddesinin söylenmesini yeterli telakki etmiştir. Bu halde ise muhakemenin iadesi ile yapılan bir talebin ihtiva ettiği yeni vakıa veya delillerin beraet veya daha hafif bir ceza tayinini gerektirir mahiyette olup olmadığı, bütün dosya münderecatına göre tesbit edilebilecektir. Bu husus me haz kanunun müzakereleri sırasında İmparatorluk meclisi komis-

nin duruşmasız yapılması hususundaki talebi müddeiumuminin de mütalaası alındıktan sonra, muayyen bir gerçeğe uygun telakki edilmiş ve muhakemenin iadesi talebi kabul edilmiştir. Bu karar Mannheim Asliye Mahkemesince 14.12.1925 tarihinde verilmiştir. Bak: JW. Cilt 55, s. 1253.

52) *Fischer*, 39.; *Löwe-Rosenberg*, 19/978.; *KMR*, 574.

53) *Hentig* 101.; *Neumann*, 50.; *Fischer*, 39.

yon Raporunda da belirtilmiştir.⁵⁴ Bu şekil bir tatbik, eski dava dosyasında tali mahiyet ve derecede olan bir vakıa veya delili dava-
nın ehemmiyetli delil veya vakıaları sırasına yükseltebilecektir. Bu
vadide düşünüşün tesirleri karinelere dayanılarak verilmiş bulunan
hükümlerde bilhassa tesirini gösterecek, karine olarak kabul edilmiş
bir hadisenin üzerine inşa edilmiş bulunan bütün hüküm, bu harine-
nin çürütülmesi ile çökecektir.⁵⁵

Bütün bu söylenenlerin aksine olarak duruşma bittikten sonra
mahkemeye arzedilmiş bulunan malzeme hükme esas olarak kabul
edilemeyeceğine göre, bunların, ikame edilen yeni vakıa veya delil ile
karşılaştırılması icap etmiyecektir.⁵⁶

Kanunumuzun 327 inci maddesinin 5 numaralı fıkrasında, üye-
rinde durulması gereken diğer bir hususta, yeni vakıa veya delille-
rin DERMEYAN ıdır. Mehaz kanun bu mefhum için «beibringen»
kelimesini istimal etmişti. Mehazın bu ifade tarzı kanunumuza, «der-
meyan» şeklinde tercüme yapıyan İstanbul komisyonu tarafından
ithal edilmiştir.⁵⁷ Beyan etmek gerekir ki, gerek kanunumuzun ge-
rek mehaz kanunun bu ifade tarzını sevk sebebi, muhakemenin iadesi
talebinde gösterilen yeni vakıa veya delillerin hangi hususa müte-
veccih olduklarının bildirilmesi ve bunların da sarahat içinde arze-
dilmesi. Bunun zorluğunu kabul etmek icap eder. Bilhassa cezası
infaz edilmekte olan bir mahkûmun muhakemenin iadesi talebinde
bulunması hali ile serbest olan kimsenin delil veya vakıa dermeyan
etmeleri farklı olacaktır. Ceza evinde bulunan bir mahkûm yeni delil

54) Hahn, Mat. II/1586.

55) *Hentig*, (s. 1000) meseleyi bir teşbih ile izah eder. Müellife göre
karine olarak kabul edilmiş bulunan hadise üzerine bina edilmiş hüküm bir
mozayike benzer. Bunlardan bir tanesinin çekilmesi bütün mozayığın dağılma-
sı neticesini tevlit edecektir.

56) *Neumann*, 50.

57) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hazırlık çalışmaları, İstanbul
1953, 301. Bu hususta mukayeseli hukukta kanunumuzun sistemi içinde mese-
leyi halletmiş mevzuat mevcuttur. Ezcümle 1897 tarihli Macar kanunu 191 ve
193 üncü maddelerinde ikame etmek tabirini kullanmıştı. Fakat diğer bazı ka-
nunlar dermeyan etmek ifadesini yumuşatmışlar ve bu mefhumu aktif halden
çıkarmışlardır. Gerçekten, 1913 İtalyan CMUK nun 538 inci maddesinin 2 ci
numarasında «zuhur etmek» veya «bulunursa», 1929 Polonya CMUK «zuhur
ederse», 1928 Bern CMUK nun 347 ci maddesi «meydana çıkarsa» ifadelerini
istimal eylemişlerdir. Avusturya CMUK unda dahi kanunumuz gibi «dermeyan
etmek» terimi istimal edilmekte isede, bu sertlik müddeiumuminin veya mah-
kemenin yeni delil veya vakıalar mahkuma bildirmeleri vecibesi sebebiyle yu-
muşatılmıştır.

veya vakıaları iyi bir şekilde formüle edemeyecek, bu zorluk hürriyeti bağlayıcı cezanın uzun müddet devam etmesi halinde bilhassa kendisini hissettirecektir.⁵⁸ Alman mahkemeleri önceleri verdikleri kararlar ile yeni delil veya vakıaların dermeyeran ediliş şekline çok ehemmiyet vermiş ve titizlikle bu mesele üzerinde durmuşlardı.⁵⁹ Fakat daha sonra Breslau Eyalet yüksek mahkemesi,⁶⁰ bu sertliği yumuşatmış, cezaevinde bulunan mahkûmun bir şahidin eski ikametgah adresini vermiş olması halinde yapılacak resmi araştırma neticesi yeni adresinin de bulunabileceği sebebiyle, muhakemenin iadesi talebinin sarahaten dermeyeran edildiğini kabul etmiştir.

327 inci maddenin 5 inci numarasında tesbit edilmiş bulunan diğer hususa göre, ikame edilen yeni vakıa veya delillerin yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde maznunun beraetini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkûm olmasını istilzam edecek mahiyette olması gerekmektedir. Demekki, muhakemenin iadesi talebinin iki gayesi olmalıdır: ya beraet veya daha hafif bir cezayı havi kanunun hükmünün tatbiki gayesine matuf olarak dermeyeran olmalıdır.

327 inci maddenin 5 numarasında gösterilmiş bulunan beraet, dar manada anlaşılmalıdır. Mahkûmun aleyhine olmayan her kararın istihsali için-tatil kararı gibi-muhakemenin iadesi talep edilebilecektir.⁶¹ Ceza kanunumuzun 485 inci maddesinde gösterilmiş bulunan cezayı iskat gayesi ile muhakemenin iadesinin mümkün olmayacağını zannediyoruz; zira, burada bahis konusu olan iskata karar verme keyfiyeti mahkemenin takdirine taalluk etmekte ve bundan başka muhakemenin iadesinin mümkün olabilmesi için mevcut kusuru hedef ittihaz eden ve kusurun daha az bulunduğunu isbata çalışan bir talebin mevcudiyeti şart bulunmaktadır. Halbuki Ceza kanununun 485 inci maddesini gaye ittihaz edinen bir talep, temas ettiğimiz bu sebeplerden yoksundur ve kusur eskisi gibi derecesini muhafaza etmektedir.

Dava şartlarının veya dava manilerinin yokluğu sebebiyle muhakemenin iadesinin mümkün olup olamayacağı ve bu hususun beraet gibi telakki edilebilip edilemeyeceği hususu doktrinde münakaşayı mucip olmuştur. Yani, beraet müessesesi ve mefhumu failin takib

58) Löwe-Rosenberg, 19/976.

59) Bu kararlar için bak: Hentig, 98.

60) Bu karar için bak: Hentig, 98.

61) Bamberg Eyalet Yüksek mahkemesinin 11.2.1955 tarihli kararı. Bu karar için bak: NJW. 1955/1121.

edilememesi neticesini doğuran bir takip şartının yokluğu şeklinde tefsir edilebilir mi? Beyan edelim ki, CMUK nun 327 inci maddesinin 5 numarasında gösterilmiş bulunan muhakemenin yeni vakıa veya deliller serdi sureti ile iadesini talep, mevcut kusuru hedef ittihaz eder. Esasen 327 inci maddenin 1, 2, 3 üncü fıkralarından 5 inci fıkrayı ayıran hususiyet budur ve 5 inci fıkra sebebi ile yapılan iade talebi kusurun yokluğuna veya daha hafif olduğuna müteveccihdir. Hal böyle olunca, takip şartının mevcut olmaması halini kusurun derecesini tayinde veya hiç olmadığı hususu ile aynı mahiyette telakki edilebilirmi? Kanaatımızca da ⁶² muhakemenin iadesini takip şartının yokluğu haline müteveccih olduğu halde dahi kabul etmek gerekir. Hernekadar takip şartının yokluğu kusur ile alakalı değilse de, mevcut olmaması halinde faile ceza verilmemesi neticesini tevlit edecektir. İadei muhakeme sistemimize göre bir yandan daha hafif cezayı gerektiren sebebi ve failin kusurunu azaltan hali muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul edip, diğer taraftan mevcut olmaması sebebiyle faile hiç ceza verilmemesi neticesini tevlit eden bir durumu iade sebebi olarak kabul etmemek tenakuz olur.

Hakiki içtima kaidesinin tatbiki neticesi toplam cezanın tayin edilmiş bulunduğu hallerde de, toplam cezayı meydana getiren müstakil fiillerin, şartları mevcut ise, teker teker muhakemenin iadesine mevzu teşkil edebilmesi tabiidir. Esasen içtima cezanın infazına taaluk etmekte, muhakemenin iadesi bahis konusu olduğu hallerde usulü bakımdan birlik arzeden müstakil fiiller hüviyetlerini iktisap eylemektedirler. ⁶³

Yeni vakıa veya deliller serdi ile beraet gayesi yanında kanunumuz, daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkûmiyetin gaye edinilmesini de muhakemenin iadesi için sebep olarak kabul etmektedir. Ekseri yabancı kanunlar, ezcümle Avusturya (md. 353.) kanunu daha hafif bir ceza verilmesini gaye edinen iade talebine yer vermişlerdir. Bu sebeple muhakemenin iadesi, hükümde gösterilen suçun mahiyetinin hakikatte başka olduğu sebebiyle yapılmaktadır. Ancak, bunun için mahiyet farkı kifayet etmemekte bundan başka, verilecek cezanın da daha hafif olması şartı aranmaktadır. Kabul etmek gerekir ki, ilk hükmün tesisinde mahkeme cezayı tesbit ederken azami haddî vermemiş olduğu halde iade üzerine ma-

62) Aynı kanaat için bak: *Fischer*, 40. 41. Müellif eserinde bu hususa ait geniş literatür de vermektedir.

63) *Fischer*, 40

hiyeti değişmiş bulunan suç için dahi eski hükümde gösterilmiş bulunan cezanın tayini imkân dahilinde olabilir. Meselâ, Ceza kanunumuzun 492 ci maddesinde gösterilen hırsızlık suçunda mahkeme iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verebilmektedir. Bu halde mahkemenin 492 ci maddeye göre 2 sene hapis cezası verdiği kabul edilsin. Mahkûm suçunun 492 ci maddede gösterilen hırsızlık değilde, 491 inci maddede gösterilmiş bulunan basit hırsızlık olduğunu iddia ederek muhakemenin iadesini talep ederse, bu talebin kabulü mümkün olmayabilecektir. Zira hâkim 491 inci maddede gösterilen hırsızlık halinde 6 aydan 3 seneye kadar yani eski hükümde tesbit edilmiş bulunan 2 sene hapis cezasını şartları varsa verebilecektir. Zira kanunumuzun sistemine göre yeni delil veya vakıalar serdi ile daha hafif cezayı havi kanun hükmünün tatbiki sebebiyle muhakemenin iadesi talep edilebilecek, kanunun ifade tarzına göre ise mahkeme yukarıda gösterilen misalde aynı cezayı hem basit hemde mevsuf hırsızlıkta verebilecek ve bu sebeple de muhakemenin iadesi kabul edilemeyecektir. Beyan edelim ki, bu hususta Avusturya CMUK nun 353 üncü maddesi müessesenin mahiyetine daha uygun olan bir hükümü ihtiva etmektedir. Buna göre, muhakemenin iadesi hafif bir kanun hükmünün tatbik edilmesi halinde kabul edilecektir. Burada daha hafif bir cezadan bahsedilmediği için Avusturya CMUK sistemi içinde kanunumuzda meydana gelen aksaklık zuhur etmeyecektir.

Mahkumiyeti gerektiren suçun cezasının askari haddi ile muhakemenin iadesi talep edildikten sonra kabulü gereken suçun cezasının kanundaki asgari haddinin aynı olması halinde yine muhakemenin iadesinin kabul edilmemesi gerekecektir.⁶⁴ Mahkûmun dermeyen ettiği yeni vakıa veya deliller hafifletici sebeplerin tatbikini icap etmekte ise, suçun mahiyetinin değiştiğini kabule imkân yoktur; zira hafifletici sebeplerin tatbiki ceza tayini müessesesine aittir, cezanın ağırlığı bakımından mevsuf bir durum yaratmaz ve bu sebeple muhakemenin iadesi mümkün değildir.⁶⁵ Meselâ, ceza kanununun 522 ci maddesinde gösterilen ve zararın hafif olması sebebiyle, veya 51 veya 59 uncu maddelerin tatbikini hedef ittihaz ederek yapılan iade talepleri, yeni vakıa veya delillerin mevcudiyetine rağmen kabul edilmeyecektir. Ancak, failin şahsi durumu muvacehesinde cezanın daha hafif tesbit edilmesi gerektiği bahis konusu ise, bu sebeple, muhakemenin iadesi kabule şayandır. Meselâ, ilk hü-

64) *Fischer*, 42.

65) *Fischer*, 42.

kümde mahkeme tekerrürü kabul etmiş bulunsun. Daha sonra yeni vakıalar serdi sureti ile tekerrürün bahis konusu olmadığı sebebiyle muhakemenin iadesi talep edilebilecektir.⁶⁶ Ancak, tekerrürü teşkil eden mahkûmiyet daha sonra af ile kalkarsa, bu yeni delil veya vakıa olarak kabul edilemez.⁶⁷ İlk mahkûmiyet suçun tamamlanmış olduğunu kabul ettikten sonra ikame edilen yeni vakıa veya deliller ile tamamlanmış olarak kabul edilen suçun teşebbüs derecesinde kaldığı iddia edilmekte ise, bu halde muhakemenin iadesi talebi kabul edilmelidir; zira teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında tavsif ve mahiyet bakımından fark vardır.⁶⁸ Muhakemenin iadesi talebi, müstakil suç olarak kabul edilmiş bulunan fiillerin, müteselsil oldukları hususuna müteveccih ise, bu halde daha hafif bir cezayı müstelzim kanunun hükmünün tatbiki bahis konusudur ve iade sebebi olarak kabul edilmelidir.⁶⁹ Aynı hal tarzı, evvelce hakiki içtima şeklinde birleştirilen ve her birisi müstakil suç olarak kabul edilmiş bulunan fiillerin fikri içtima halinde buldukları sebebi ile yapılan iade talebinde de varittir.⁷⁰ Mahkûmiyet aslî faillik sebebi ile vuku bulmuş ise, fer'i failliği gösteren yeni vakıa veya deliller ile daha hafif bir cezanın verilmesi gayesine müteveccih olarak iade kabul edilmelidir.⁷¹

V — KABAHAHLERDE YENİ DELİL VE VAKIA

CMUK nun 327 inci maddesinin 5 numaralı iade sebebinin 2 ci cümlesi, muhakemenin iadesi müessesesinde kanunî bir tahdidi ihtiva etmektedir. Buna göre «Şu kadar ki kabahat hükümleri hakkında ancak evvelce mahkûm tarafından öğrenilmemiş olan veya irad edilmemiş bulunan vakıalar veya deliller dermeyan olunabilir.»⁷²

66) *Hentig*, 103.; *Löwe-Rosenberg*, 20/888.

67) Hamburg Eyalet Yüksek mahkemesinin 9.8.1923 tarihli kararı Bu karar için bak: JW. 1933/488.

68) *Löwe-Rosenberg*, 20/888.; *Hentig*, 103.; *Fischer*, 42.

69) *KMR*, 575.; *Rischer*, 42.; *Neumann*, 54.; Königsberg Eyalet Yüksek mahkemesinin aynı mahiyette olarak 21.12.1925 tarihinde vermiş olduğu bir karar için bak: JW. 1926/1251.

70) *Hentig*, 104.; *Fischer*, 42.

71) *Peters*, 539.; *Löwe-Rosenberg*, 20/888.

72) Kanunumuzun bu hükmü mehz kanunun 359 uncu maddesinin 5 numaralı bendine kısmen uymaktadır. Mehz 5 numaralı bend iki fıkra halinde değil, iki cümle halinde olup, biz ikinci cümleyi ikinci fıkra olarak kabul etmiş bulunuyoruz. Bundan başka mehz kanunda bu fıkranın tatbik edilebil-

1 — *Bu hükmün mehaz kanunda kabul sebebi ve değeri*

Kanunumuzun bu hükmünün tatbikinin şumulüne temas etmeden önce, mehaz kanuna giriş sebebi üzerinde durmak istiyoruz. Bu hususlar bilindiği takdirde, bugün için kanunumuzda böyle bir hükmün bulunup bulunmamasına ihtiyaç olup olmadığı meselesi de kendiliğinden halledilmiş olacaktır. Bu hüküm mehaz kanun için hazırlanmış bulunan tasarıda yoktu. Tasarı görüşlürken ilk müzakeresinde bu hükmün yalnız bazı suçlar için değil, kaide olarak vazedilmesi teklif edilmişti. Bu teklif ilk müzakerede reddedildi. İkinci müzakerede ise, yalnız Sulh ve Schöffen mahkemeleri için kabul edildi ve böylece mehaz kanuna girdi. ⁷³

Mehaz kanun hazırlanırken istisnaf derecesi de kabul edilmişti. Kanunun sistemine göre, sulh mahkemesinden veya meslekten olmayan iki hakim ile sulh hakiminin teşkil etmiş bulunduğu Schöffen mahkemelerinden sadır olan hükümler istinaf derecesinde tekrar maddî ve hukukî cephelerden tetkik edilebilmektedir. İşte bu sebeple kanun vazı, istinaf yoluna gidilmesi mümkün olan işlerde yeni vakıa veya delil serdi suretiyle muhakemenin iadesinin mümkün olabilmesi için, bunların ilk hüküm tesis edilirken mahkûm tarafından öğrenilmemiş veya kendi kusuru olmayarak evvelce irad edilmiş olması şartını aramıştı. Demek ki, mehaz kanununun böyle bir hükme yer vermesinin sebebi, bu hükmün tatbik edilebildiği işlerin esasen istnafa tabi mevattan olmuş bulunması ve bu derecede işin maddî delillerinin tekrar tetkikinin veya itimamının mümkün bulunmasıydı. Kaydedelim ki, bu işler için istinaf yolunun açık olması kâfiyet etmekte, ayrıca bu hükmün kabili tatbik olması veya olmaması için, istinaf yoluna gidilmiş bulunması veya bulunmaması haizi ehemmiyet değildi. ⁷⁴

Mehazda Sulh ve Schöffen mahkemelerinin vazifeleri dahilinde olan işlerin ehemmiyetsiz işler olması sebebiyle, kanun vazını bu hükmü kabule sevk eden diğer saikte, maddenin basit işler için kabili tatbik olmasıdır. Nihayet diğer sebep, 359 uncu maddenin (TCMUK 327) 5 inci numarasının ikinci cümlesinde derpiş olunan yeni delil

mesi için işin sulh hakiminin veya iki tane meslekten olmayan hakim ile o işe bakan sulh hakiminden meydana getirmiş mahkemeden sadır olan hükümlerde bahis konusu olması nihayet bu delillerin istinaf derecesinde de bilinmesi icap etmekteydi.

73) *Hentig*, 104.

74) *Löwe-Rosenberg*, 19/979.

veya vakıaların ilk hüküm tesis edilirken bilinmiş olması halinin hükme herhangi bir tesir icra etmiyeceği ve bu bilinen fakat mahkemece telakki edilmeyen delillerin veya vakıaların da verilen hükümde münderiç olduğu hususudur. ⁷⁵

Mehaz kanununun bu hükmü Alman müellifleri tarafından tenkit olunmaktaydı ⁷⁶ ve bu tenkitler şu hususlara müteveccih: İlk hüküm tesbit edildiği zaman muhakemenin iadesini talep eden kimse tarafından ikame edilen yeni vakıa veya delillerin bilinmemiş olması hususundaki tahdid kabule şayan değildir. Delillerin veya vakıaların mahkemece resen tesbit ve takdir edileceği sistemi kabul edildikten sonra böyle bir fikre yer vermemek gerekir. Bundan başka dava tarafları her zaman yeni bir delilin hüküm üzerindeki tesirini takdir edemez ve bu sebeple de ikame etmemiş olabilir. Kanunun hükmüne göre yeni vakıa veya deliller yalnız veya eskileri ile birlikte mevcut hükmü sarsabilecek mahiyet arz ettikleri takdirde muhakemenin iadesi sebebi olabileceği kabul edildikten sonra, eski deliller ile birlikte hükme olan tesiri iade talebinde bulunan kimse tarafından daha az bilinebilecektir. Yine kanunumuz davanın müddeiumumilik tarafından ikamesi prensibini kabul etmiş ve taraflar kendilerini alakadar eden hususlarda hükme tesir edebilecek malzemeyi mahkemeye arz etmek durumuna konulmuştur. Böyle bir prensip ve sistem kabul edildikten sonra kanunun bu hükmü bir tenakuz olur.

Beyan edelim ki, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü kanununu tadil etmek için hazırlanmış bulunan üç tasarıya 327 ci maddemizin mehazı olan 359/5 in ikinci cümlesi alınmamıştır. ⁷⁷ 1950 senesinde yeniden neşredilmiş bulunan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu, eski metnin 359 uncu maddesinin 5 inci numarasının 2 ci cümlesine yer vermemiş ve bunun kanundan çıkarılış sebebini, yeni vakıa veya delillerin mevcudiyeti halinde eski hükmün hatalı olduğu anlaşılmakta ise adaletin mutlâk surette tecelli etmesi gerektiği esbabı mucibesinde görmüştür ⁷⁸ Bugünkü Alman Usulünde kanunumuzun bu hükmüne benzer bir hüküm yoktur; böylece kanun vazı mahkûmun lehinde olarak muhakemenin iadesinde kolaylık sağlamak istemiştir. ⁷⁹

75) *Fischer*, 75.

76) İleri sürülen bu fikirler için bak: Mayer'den naklen *Hentig*, 105.; *Fischer*, 46

77) *Löwe-Rosenberg*, 19/980.

78) *Peters*, 538.

79) *Schwarz*, *Strafprozessordnung*. 16. Aufl. Berlin 1953, 447.

327 ci maddenin 5 inci numarasının ikinci fıkrasının kanunumuz bakımından değerini, me hazın Almanyadaki durumunu tetkik ettikten sonra inceleyebiliriz. Evvela şunu belirtelim ki, kanunumuzun tercümesini yapmış bulunan İstanbul komisyonu bu fıkrayı tercüme ederken, meselenin esasına çok kısada olsa temas etmiş ve böyle bir hükmün sevk sebebinin istinaf derecesini kabul etmiş bulunan Alman kanunu için mevcut olduğunu göstermiş ve şayet istinaf derecesi memleketimizde de kurulacak ise bu hükmün ipkasını, aksi halde kaldırılmasını görüşmüş⁸⁰ ve bu hususa tercümenin ikinci defa gözden geçirilmesi sırasında tekrar avdet edilme temennisinde bulunulmuştu. Fakat memleketimizde istinaf derecesi kabul edilmediği halde, bu hükmün kanundan çıkarılması unutulmuştur. Yukarıda Alman hukuku bakımından dercetmiş bulunduğumuz bütün hususlar kanunumuz bakımından da varit olması sebebiyle, bu hükmün kanunumuzdan çıkarılması adaletin tecellisi bakımından yerinde olacaktır.

2 — Hükmün tatbikinin şumulü

Önce şu hususu kaydedelim ki hâkim yeni delil veya vakıanın mahkûm tarafından öğrenilmemiş olması veya kendi kusuruyla olmayarak irad edilmemiş bulunması hususunu serbest takdir yetkisini kullanmak suretiyle tesbit edecektir.⁸¹ Hâkim takdir hakkını kullanırken, hadisenin durumunu nazara almalıdır⁸² Maznunun delili öğrenememiş olduğunu isbat hususunda herhangi bir subut delili ikame etme mecburiyeti yoktur.⁸³ Fakat talepte bulunan kendisince malum olan bir vakıa veya delili kusuru olmayarak irad edemediğini mahkemeyi tatmin edebilecek şekilde arz etmelidir.⁸⁴

Bu defa ikame edilmiş bulunan vakıa veya delilin öğrenilememesi hususunda mahkûmun kusurlu olup olmaması haizi ehemmiyet değildir.⁸⁵ Bazı müellifler⁸⁶ öğrenememe halinde de mahkûmun ku-

80) Hazırlık çalışmaları, 301, 482.

81) *Walter*, Die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten, Erlangen doktora tezi, 1929, 31.; *Fischer*, 46.

82) *Löwe-Rosenberg*, 19/979.

83) *Löwe-Rosenberg*, 19/979.; *Hentig*, 106.; *Neumann*, 61.; *Walter*, 31. Fakat bazı müellifler delillerin iradında kusursuzluğun da isbat edilmesinin gerektiği fikrindedirler. Bu müellifler için bak: *Fischer*, 46 not 164.

84) *Hentig*, 106.; *Neumann*, 62.

85) *Walter*, 32.; *Löwe-Rosenberg*, 19/979.

86) Bu müellifler için bak: *Walter*, 32.

sursuz olmasını ararlar. Bu fikir kanununun metninin iyi okunmadığı sebebi ile tenkit edilmiştir, ⁸⁷ ve yerindedir; zira, mahkûmun kusursuz olması hali delil veya vakıanın öğrenilmemesi haline değil, öğrenilmiş bulunan hususun irad edilmemesine şamildir. Bu sebeple, meselâ mahkûmun şahidin adresini bilmemesi sebebiyle bir mesele hakkında delil ikame edememesi, daha sonra bu şahidin adresi bilinip muhakemenin iadesi talep edildikte, bu sebeple talebin reddi yukarıda zikretmiş olduğumuz sebep dolaysıyla mümkün olmamalıdır. ⁸⁸ Mahkûmun yeni vakıa veya delilleri evvelce gereği gibi açıklayamamış olması veya subut delillerinin dava sebebiyle olan değerini takdir edememiş bulunması veya duruşmada, kendisine iddianamede bildirilen suçtan daha başka bir suçun muhakemesinin yapılmış olması hallerinde kusursuzluğu sebebiyle delilleri irad edemediği kabul edilir. ⁸⁹

Ancak, mahkum delilleri iradetmeyi unutmuş ise, bu takdirde kusurluluğu kabul edilmelidir. ⁹⁰ Davanın duruşması yapılırken maznun tarafından ikame edilen bir delil mahkeme tarafından reddedilmiş ise, bu delil sebebiyle yapılan muhakemenin iadesi talebi CMUK nun 327 inci maddesinin 5 numarasının ikinci cümlesi sebebiyle reddedilemez. ⁹¹

87) *Walter*, 32.

88) Hamburg Eyalet Yüksek mahkemesi bu mesele hakkında, mahkûmun kendisi için önemli olan şahidin adresini arayıp bulmamasını ve bunu mahkemeye bırakmasını kusur olarak telakki etmiştir. Mahkemenin 10.2.1900 tarihli kararı için bak: *Hentig*, 107 not 1. Beyan edelim ki, bu karar tenkit edilmiştir. *Walter*, 32.; *Hentig*, 107.; Aksi kanaatte olan müellifler de vardır. *Fischer*, 46.

89) *Walter*, 32.; *Fischer*, 46.

90) *Fischer*, 46.

91) *Löwe-Rosenberg*, 19/980