

**HIZLA ŞEHİRLEŞEN VE SANAYİLEŞEN BİR KÜÇÜK
ŞEHİR TOPLUMUNDA SUÇLULUK (*)
(EREĞLİ PROJESİ)**

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER

Giriő :

1. — Hızla sanayileşen ve Şehirleşen toplumlarda suçluluğun gerek adetsel yönden gerekse nitelik bakımından deĐiőikliklere uğrayacağı hakkındaki görüőler bilinmektedir (1): Ezcümle Şehirleşen ve sanayileşen bir toplumda suçluluk tüm olarak artacak, köy ve Şehir suçluluğu arasındaki farklılaŐma gittikçe azalmaya doğru yönelecek, cebir ve Őiddete dayanan suçların genel suçluluk arasındaki yeri azalırken mala karşı işlenen suçlar, hileli suçların oranı yükselecek kadın ve çocuk suçluluğu artacaktır. Batı toplumları sanayileŐirken ve ŐehirleŐirken kendisini göstermiş bulunan bu gibi geliŐmelerin evrensel olup olmadığını ve Şehirleşip sanayileşen bütün insan toplumları bakımından, kültürel gelenekleri ne olursa olsun, bu görüőlerin aynı biyimde geçerli bulunup bulunmadıkları incelenmesi gerekir. Ezcümle batı ile aynı kültür geleneklerine sahip bulunmayan doğu toplumlarında da sanayileşme ve Őe-

(*) İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsünce düzenlenen (Şehirleşmenin sebep olduğu Ceza adaleti problemleri Sempozyumu 17 - 19 Aralık 1973) na sunulan rapor.

(1) Sulhi Dönmezer, İktisadi bir olay sıfatıyla suç, iktisadi kalkınma ve suçluluk (İktisadi kalkınmanın sosyal meseleleri, İstanbul 1963, s. 78 ve son.) Aynı etüdün İngilizcesi (Social Aspects of Economic Development).

hirleşme halinde aynı sürecin aynı tarzda işleyip işlemeyeceği inceleme konusu olmalıdır.

Biz bir yazımızda (2) İnterpol tarafından yayınlanan istatistiklerden yararlanarak hızla değişen, sanayileşen ve şehirleşen Türkiyede 1955-1966 devresi içinde suçlulukta genel olarak bir artışın kendisini gösterdiğini, cebir ve şiddet suçlarındaki gelişmenin devam ettiğini, hileli suçlardaki durumun ise aynı oranı koruduğunu kaydetmiş, asırlardanberi yerleşmiş bulunan sosyal değerlerin, islâmî geleneklerin, çok kuvvetli bir aile kuruluşunun güçlü sosyal kontrol araçları olarak Türkiyede fonksiyon yapmakta devam ettiklerini ve bu sebeple sözünü ettiğimiz sosyal değişmelerin suçlulukta büyük bir etki göstermediğini belirtmiştik. Bu görüşlerimizi Avrupa Konseyinin, Avrupa Kriminoloji Enstitüleri Direktörleri arasında 28 kasım - 1 aralık 1972 tarihlerinde (toplumda şiddet) konusunda organize ettiği bilimsel toplantıda da açıklamıştık. Bu toplantıda da açıklamaya çalıştığımız gibi Türkiyede ekonomik gelişme genel suçluluk bakımından bir artışa sebebiyet vermiştir. Fakat Türkiyede fayda, kâr, kazanç motivasyonunun işlenmesine sebebiyet verdiği suçlar, ezcümle şiddet suçları genel olarak davranış özelliği şeklinde kendisini gösteren (behavioral) suçların oranının üstüne çıkmamıştır. Bu bakımdan Türkiye, açıkça, batı memleketlerindeki gelişmeyi göstermemektedir. Hiç şüphesiz bu gelişme Türkiyenin batı ile olan sosyokültürel farklarına dayanmakta idi (3).

2. — 1960 larda Türkiyenin küçük bir Karadeniz sahil ilçesinde, memleketin en büyük Demir Çelik endüstrisi tesislerinin kurulmasına başlandı. Şu hal sözü geçen küçük şehir için şehirleşme, nüfus akıcılığı, kültür değişmesi ve çatışması, kültür ihtilâfı, mahalli örf ve âdetlerin ve biçimsel olmayan sosyal kontrol araçlarının güçlerini kaybetmesi, bir kelime ile yeni bir hayat tarzı demektir.

Değinilen sürecin suçluluk üzerinde ne gibi etkileri olacağını, bu küçük şehir cemaatini sözü geçen hızlı sanayileşme olayının ne

(2) Sulhi Dönmezer, *Criminality and Economic Developments* (in *Journal of the Regional Cultural Institute, Iran, Pakistan, Turkey*, vol. 3, No. 1 and 2, p. 65).

(3) 2 numaralı nottaki etüd. Ayrıca Bk. Tenth Conference of Directors of criminological Research Institute, Council of Europe. (DPC/CDIR (73) 5).

suretle etkileyeceğini saptamak için 1964-1968 yılları arasında, yani beş yıllık bir süre ile bu bölgede suçluluğun ne suretle gelişeceğini adım adım izlemeğe karar verdik. Bizim asıl maksadımız Türkiyede cemaatçi, gelenekçi bir toplumdaki sanayi toplumuna geçerken husule gelecek olayların suçluluk üzerindeki etkilerinin nelerden ibaret bulunacağını tayin idi.

3. — Bu bakımdan Ereğli'nin maksada tam uygun bir yer olduğunu sanmak hatalıdır: Ereğli, şehirleşme basit te olsa bir sanayileşme sürecinin etkisine, dar bir çerçeve içinde, 1840'lardan beri girmiştir. Gerçekten o tarihlerde civarda maden kömürü bulunmuş, bu hal Ereğli'de küçük bir limanın teşekkülünü ve bazı şehir özelliklerinin belirmesini sonuçlamış, dolayısıyla kasaba gelenekçi toplum niteliğini tam olarak koruyamamıştır. Böylere kurulan demir çelik tesisleri «Ereğli'yi izole, kendi içine kapanmış, kendi kendine yeten ziraî bir toplum halinde bulmamıştır» (4). Bununla beraber demir çelik tesislerinin yepyeni ve Türkiye'deki sanayileşme çapını aşan büyük bir kuruluş niteliğinde olması maksadımız yönünden burada böyle bir incelemeyi haklı saydırabilir. Gerçekten Ereğli'de demir çelik tesislerinin inşasına 16.6.1961 de başlanmış, inşaat 15.5.1965 te sona ermiştir. İnşaat işlerinde yaklaşık olarak 15500 işçi çalışmış, bu rakkamın % 70 i Ereğli dışından gelen işçilerden oluşmuştur. 1969 yılının ikinci ayında fabrikada 3879 işçi çalışmakta idi, bunun % 35 i kasabanın yerlisi idi.

Bu rakamlar açıkça gösterir ki, demir çelik tesislerinin vücuda getirilmesi Ereğli'nin hayatında 1961 yılından itibaren teorik bakımdan kriminojen etkiler yapabilecek bir çok unsurlar getirmiştir. Kasabaya, aşağı yukarı, nüfusunun yarısından fazlasını geçen miktarda işçi gelmiş, bunlar geçici olarak orada kalmışlar ve bu hal toplumsal yönden suç doğurabilecek süreçlerin işlemesine sebebiyet vermiştir.

4. — Ereğli araştırması bakımından çok memnunluk verici bir saptama da, kuşkusuz, sayın Mübeccel Kıray'ın 1962 yılında Ereğli üzerinde yapmış bulunduğu şehir cemaati araştırması olmuştur (5). Gerçekten bu eserle Ereğli ilçesi içindeki sosyal kurumların, insan ilişkilerinin ve değerler sisteminin 1962 yılında meydana getirdiği

(4) Mübeccel Belik Kıray, Ereğli, ağır sanayiden önce bir sahil kasabası, Ankara 1964.

(5) 4 numaralı notta sözü geçen eser.

fonksiyonel bütün saptanmış ve yaptığımız suçluluk araştırması yönünden böylece çok büyük bir kolaylık sağlanmıştır. Mübeccel Kıray'ın yaptığı etüd bizim toplamaya çalıştığımız rakamların yorumlanması yönünden, elbette ki, büyük yararlar sağlayacak idi. Hiç kuşkusuz araştırmamızın sonuçları yayına hazır hale gelince Kıray'ın eserine pek çok sayıda atıfların yapılması gerekecektir.

5. — Bizim araştırmamız bakımından önemli olan asli olaya kısaca değinelim :

Türkiyede çok geniş bir şehirleşme ve sanayileşme olayının cereyan eylediğini biliyoruz. Bu hususu şehirleşme yönünden 1970 nüfus sayımı sonuçları açıkça ortaya koymuştur. Ereğli ise bu olayın en yoğun şekilde gerçekleştiği bölgelerin başında gelmektedir.

Gerçekten Kıray'ın eserinde belirttiği gibi 1840 yıllarında Ereğli şehrinin nüfusu iki bin civarında idi. 1910 da nüfus 6 bini aşmış, böylece 60 yıl içinde % 300 lük bir artış gerçekleşmiştir. Nüfus 1955 te 7878, 1960 ta ise 8815 olmuştur. 1935 yılı yüz itibar olunacak olursa 25 sene içinde nüfus takriben % 30 oranında artmıştır.

1960 yılından sonra bu artışın büyük hız kazandığı görülüyor. 1965 nüfus sayımına göre şehir nüfusu 18.978 dir. 1970 nüfus sayımı sonunda ise şehir nüfusunun 28.904'e çıktığı görülmüştür. Görülüyor ki, 1960-1970 devresi içinde nüfus hemen de 3 katı artmıştır. Bu artışın esasta demir çelik tesislerinin etkisine bağlanabileceği muhakkaktır. Zira kasabanın köylerindeki nüfus artışı bu orana hiç bir şekilde yaklaşmamaktadır. Şöyle ki, kasabanın köy nüfusu 1965 yılında 77.769, 1970'te ise 82.394'tü. Görülüyor ki, köylerdeki nüfus artışı, Türkiyedeki genel nüfus artış oranının çok üstünde olmakla beraber şehirdeki nüfus artışına göre çok düşüktür. Öyle sanıyoruz ki, Ereğli'deki nüfus artışı Türkiye'deki en yüksek orandır.

Bu tespit açıkça belirtir ki, dışardan Ereğli'ye büyük bir nüfus akımı olmuştur. Bu akım Ereğli'nin köylerinden değil fakat dışardan gelmiştir; yani Türkiye'nin diğer kısımlarından Ereğli'ye doğru son on yıl içinde büyük bir muhaceret olmuştur. Bunun nedeni, kuşkusuz, sözünü ettiğimiz sanayidir.

Böylece 1964-1968 devresini kapsayan bir suç araştırması çok büyük bir hızla sanayileşen ve şehirleşen bir toplumda suçluluğun gelişmeleri bakımından esas elemanları gösterebilecek değerde kabul edilmelidir.

Metodumuz :

6. — Araştırmamızda uyguladığımız metod kısaca şöyle olmuştur: 1964-1968 seneleri içinde kasaba sınırları içinde, yani şehirde ve köylerinde işlenen suçlardan savcılığa intikal edenler ve sözü geçen suçların failleri olarak savcılığa yollananlar üzerinde bir anket çalışması yapılmıştır. Aslında sadece şehirde işlenen suçlar üzerinde bir araştırma yapmanın maksat bakımından daha uygun olacağı düşünülebilir. Ancak bu bölgede şehir ve köyler âdetâ birbirine girmiş gibi yaşamaktadırlar. Özellikle pazar kurulduğu günler köylüler hayatlarını şehirde geçirmektedirler. Köyler şehirle çok sıkı bir biçimde bütünleşmiştir. Bu itibarla tümüyle kasabayı ele almakta yarar görülmüştür.

Bizim elde edebildiğimiz ve üzerinde durduğumuz suçluluk rakamları, kuşkusuz, durumu tam olarak yansıtmaz. Zira savcılığa yollanan suçluların sonradan beraat etmeleri mümkün bulunduğu gibi savcılığa intikal etmemiş ve siyah sayı halinde kalmış geniş bir suçluluk ta vardır. Ezcümle kaçakçılık suçları yönünden bu sayının büyük olabileceği düşünülebilir. Mahkemelerce verilmiş mahkûmiyetlere ilişkin kesin rakamlar da amacımız yönünden yeterli değildir. Çünkü Türkiye’de, bilindiği gibi, ceza davaları senelerce sürdüğünden belirli senelere ait suçluluk, mahkûmiyet sayılarından çıkarılmaz. Kaldı ki, esas amacımız kesin suçluluk rakamlarını elde etmek olmayıp suçluluğun gelişmesindeki yönleri saptamak olduğundan, uyguladığımız anket metodu maksadımız yönünden yeterli sayılabilir.

7. — Bir konferansta sözü geçen anketin bütün verilerini yansıtmak olanağı bulunmadığı açıktır. Önümüzdeki aylar içinde bu anketi ve yorumunu ayrıca yayımlayacağız. Burada incelediğimiz konu bakımından anketin bazı sonuçlarını belirtmek ve bunların yorumlarını yaptıktan sonra Türk toplumunun sosyo kültürel özellikleri çerçevesinde şehirleşme ve sanayileşmenin, batı toplumlarında sebebiyet verdiği sonuçların Türk toplumunda ortaya koymadığını gösteren bazı neticeleri yansıtmakla yetineceğiz. Aslında konuya ilişkin hipotezimizi tahkik etmekle yetineceğiz.

İpotezimiz şudur: Şehirleşen ve sanayileşen toplumların tümü kaçınılmaz bir biçimde, sanayileşme ve şehirleşmenin sebebiyet verdiği problemler ve başta suçluluk problemi ile karşılaşmayabilir. Toplumların kendilerine özgü normatif düzeni, sosyo ekonomik şartları sözü geçen gelişmenin olumsuz etkilerini ve, hiç olmazsa,

şiddetini azaltabilir ve toplumsal yapı, çok geniş zarar görmeden sanayie geçiş devresinin bunalımlarını atlatarak yeni bütünleşmeler (integration) yaratabilir. Halkta yerleşmiş suça ilişkin idrakler (perception) sanıldığı kadar hızla ve kısa zamanda değişmez.

Ereğlide genel olarak suçluluk :

8. — Beş senelik devre içinde Ereğli'de 40 çeşit suç işlenmiştir. Bunlar başta en geniş şekilde Orman Kanununa muhalefet, sonra müessir fiiller olmak üzere adam öldürmeden en hafif kabahat derecesinde suçlara kadar değişmektedirler. Aşağıdaki tabloda suçlu sayısı gösterilmiştir. Ancak suç sayısı ile suçlu sayısı arasında büyük bir yakınlık vardır. Şüphesiz suç sayısı dana azdır.

Yıl	Kadın	Erkek	Toplam
1964	89	794	883
1965	202	1005	1207
1966	164	1101	1265
1967	124	645	769
1968	80	577	657

Yukardaki tablodan anlaşılacağı üzere 1964 yılı esas alınacak olursa 1965 ve 1966 yıllarında suçluluk yaklaşık olarak % 30 oranında artmış 1967 ve 1968 yıllarında ise 1964 ten de aşağıya düşmüştür. Şu halin dikkati çekici olduğunu kaydetmelidir. Aslında 1961 - 1965 yılları arasında Ereğli'ye büyük bir işçi akımı vardı. Yapı işleri bittikten sonra, yaklaşık olarak, 12 bin kadar yapı işçisi Ereğli'den ayrılmış olmak gerekir. Zira 1965 ten itibaren fabrika yapım işleri bitmiş ve normal fabrika çalışması başlamıştır. 1964'te şehirleşme ve mobiliteye bağlı olarak büyük bir suçluluk rakamı mevcut olması ve 1965 ve 1966 yıllarında sözü geçen sayının azalmaya doğru gitmesi gerekirdi. Böyle olmamış, tersine bu yıllarda suçluluk artmıştır ve suçluluk belirli suç türlerinde de özellikle artmış değildir; bütün suçluluk yönünden bir artış söz konusudur. Ezcümle Ereğli'de en çok işlenen suç, yapısı itibariyle bir tarım toplumunu, cemaatçi bir toplumu belirten *Orman Kanununa muhalefetlerdir*. Orman Kanununa muhalefet hareketleri, hep biliyoruz ki, niteliği itibariyle bölgesel bir köy suçudur. Türkiyedeki insanlar bu suçu gayet geniş şekilde işlerler ve aslında köy kamu oyu bu fiilleri suç bile saymaz. Sözü geçen suçlar bakımından 5 yıllık devre içindeki durum şöyle olmuştur :

Yıl Orman Kanununa muhalefet suçları Genel suçluluk

Yıl	Orman Kanununa muhalefet suçları	Genel suçluluk
1964	411	383
1965	519	1097
1966	675	1265
1967	294	769
1968	270	657

9. — Yukardaki tablodan anlaşılıyor ki, 5 senelik bir devre içinde büyük nüfus artışı, fizik akıcılık ve hızlı sanayileşmeye nazaran suçların niteliğinde 1965 ve 1966 yıllarında gözükten suç artışını izah edebilecek bir husus yoktur.

Biz bu yıllardaki artışı, o bölgeye 1965 ten itibaren gelen sanayi işçilerinin niteliklerine bağlamanın mümkün olduğunu sanıyoruz. Gelen sanayi işçileri bu iki yıl içinde köklerini Ereğli toplumu içine salamamışlardır. Teşkilatsız, yersiz, yurtsuz, konut sıkıntıları içindeki bu insanlar suçluluğu bir miktar arttırmışlardır. Fakat geçen iki yıllık devre içinde, yaşadıkları topluma katılarak onunla bütünleşmişler ve böylece bir büyük suç potansiyeli ortadan kalkmıştır. Bu arada orman suçlarında da kendisini gösteren ve dolayısıyla bütün suçlulukta beliren gelişmeyi, toplumda sanayi gelişmesinin sebebiyet verdiği geçici dezorganizasyona bağlamak mümkündür. Bu şaşkınlık devresi içinde konut sıkıntısı, karaborsa, pahalılık kendisini göstermiş ve bütün bunlardan doğan sosyal dezorganizasyon hattâ köy suçluluğunu bile etkilemiştir. Fakat zaman içinde toplum güçlü örf ve âdetlerinin, yaşayan normatif düzeninin etkisi ile toparlanmış, sözü geçen dezorganizasyonu yok etmiş ve gelen işçileri kendisiyle bütünleştirerek meydana çıkan kültür ihtilafını ortadan kaldırmıştır. Bu sebeple de 1967 yılından itibaren suçluluk normal düzeyine dönüşmüştür.

Öne sürdüğümüz bu izah biçiminin ne derecede isabetli olduğunu tayin edecek durumda değiliz; bunları birer hipotez olarak ortaya atıyoruz.

Suç işleyen yerli ve yabancılar :

10. — Suç işleyenlerin yerli, yabancı oluşlarına göre yapılacak bir inceleme yukarda belirttiğimiz hipotezi belki de teyid etmektedir. Aşağıdaki tabloda üzerlerinde anket yapılan suçlulardan kendilerini yabancı ve yerli olarak bildirenlere ait sayılar verilmiştir.

Yıl	Yerli	Dışardan gelen
1964	738	38
1965	967	110
1966	1139	126
1967	692	77
1968	579	78

Dışardan gelenlerin işledikleri suçların büyük çoğunluğu müessir fiil ve hırsızlıktır. Bunlar başka şehirden gelen işçilerin işledikleri karakteristik suçlardır. Hemen hemen bütün dünyada bu suçlar sözü geçen gruplarda işlenir.

11. — Yukarıdaki tablolardan çıkardığımız önemli sonuç şudur :

Hızla sanayileşen bu bölgede aslında genel suçlulukta büyük bir artış olmamıştır. Tam tersine şehirleşmenin ve sanayileşmenin belirli bir devresindeki sarsıntı geçirildikten sonra normal komünite hayatı avdet etmiş, toplumun geleneksel sosyal kontrol araçları işlemeye başlamış ve suçluluk azalma eğilimine girmiştir. Bu çok dikkati çekici bir saptamadır ve batıda yapılan araştırmaların sonucuna zıt bir gelişmedir. Durumu bir de aşağıda bazı suç türleri bakımından gözden geçirmeden önce Ereğli'de organize suç konusuna da değinelim.

Organize suç :

12. — Ereğli'de bilinen suçlulukta, *organize suç* yer almamıştır. Bu bölgeden Türkiyenin değişik kısımlarına yönelik kaçakçılık suçlarının işlendiği söylenmektedir. Bunların organize suç faaliyetlerinden oldukları bilinmektedir. Ancak zabıta ve savcılığa intikal etmiş, bilinen suç rakamları arasında organize suç şekli görülmemektedir. Oysa suçların iştirak halinde, birlikte olarak işlenmeleri Ereğli'de bir hayli yüksek orandadır. Aşağıda değineceğimiz gibi kadın suçluluğunda iştirak oranı özellikle kendisini göstermektedir. Bu konuda aşağıdaki tabloyu açıklayabiliriz :

İştirak halinde suç işleyenler

Yıl	Tüm suçlu sayısı	Kadın	Erkek
1964	883	29	173
1965	1097	120	468
1966	1265	93	301
1967	769	87	224
1968	657	40	177

Ereğli'de cebir ve şiddetle birlikte olarak işlenen suçlar :

13. — Yukarda, genel olarak, şehirleşen ve sanayileşen toplumlarda cebir ve şiddet suçlarının azaldığını buna karşılık mala karşı işlenen suçların ve özellikle hileli suçların sayısının çoğaldığını söylemiştik. Daha doğrusu, batıdaki araştırmaların daima bu sonuçları belirlediğini arzetmiştik. Ayrıca gene batı araştırmaları cebir şiddet suçlarının, günümüzde, tavır ve hareket, tutum (behavioral) suçları olmaktan çıkarak maddi yarar sağlamaya yönelik suçlar haline geldiğini, yani cebir ve şiddet suçlarına menfaat sağlamak için baş vurulması eğiliminin özellikle kendisini gösterdiğini açıklamaktadırlar.

Hızla sanayileşen incelediğimiz bölgede bu gelişme de kendisini göstermemiştir. Gerçekten bu saptamayı belirtmek için aşağıdaki tablolarda 1964 ilâ 1968 yılları içinde Ereğli'de işlenen cebir ve şiddetle müterafık suçları, sonra hırsızlık suçlarını ve nihayet emniyeti suistimal, dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarını aşağıda ayrı ayrı tablolar halinde gösteriyoruz.

Cebir şiddet suçları

Suçlar	1964	1965	1966	1967	1968	5 yıllık ortalama
Adam öldürme	6	14	22	9	7	11,6
Yağma, yol kesme	4	—	—	—	—	0,20
Müessir fiil	159	235	198	230	116	187,6
Irza geçme, alıkoyma						
kız kaçırma	31	64	33	18	14	32
Memura mukavemet	2	—	2	5	6	3

1960-1970 yıllarında Türkiyede polis ve jandarmanın tutulan istatistiklere göre Türkiyede yaşayan her yüz bin kişiye düşen ve yukarıda yer alan suçlara ilişkin rakamlar, tarafımızdan yapılan hesaplara göre, aşağıdaki tabloda gösterilmiştir :

Suçlar	1960	1965	1970
Adam öldürme	6,9	8	9
Yağma	1,2	1,5	1,1
Müessir fiil	94,7	116	100
Cebirle işlenen cinsel suçlar	4,8	4,9	3,9

Ereğliye ilişkin olarak verdiğimiz tablo ile genel suçluluğa ilişkin yukarıdaki tablo, muhtevaları birbiriyle karşılaştırıldığında açıkça görülmektedir ki, Ereğli'de cebir ve şiddet suçları Türkiye ortalamasının bir hayli üstündedir. Bu sebeple şiddet suçlarının menfaat suçlarına nazaran sanayileşen bölgelerde gerilediği konusundaki ifade, hem Türkiye'nin tümü ve hem de özellikle Ereğli bakımından geçerli değildir.

14. — Cebir ve şiddetle işlenen cinsel suçlar Türkiyede sabit kalmaktadır. Bu suçların Ereğli'de de aynı niteliği gösterdiği ve hattâ azalma eğilimini ifade ettiği görülüyor. Gerçekten bu suçlar nitelikleri itibarıyla kırsal suçlardır. Şehirleşen, şehir kültürüne dönüşen bir toplumda bunların sayılarının azalması tabiidir. Yukarıda da açıkladığımız gibi esasen bu suçlar Türkiyede yıllar içinde hafif bir gerileme eğilimi göstermektedir.

Mala karşı işlenen cebir ve şiddet suçlarında da Türkiyede bir azalma eğilimi vardır. Ereğli'de ise bu suçların kesinlikle azalma eğiliminde olduğu görülüyor.

Türkiyede dikkati çeken husus adam öldürme cürümlerindeki artış ve yüksek orandaki müessir fiillerdir. Aynı eğilimi yukarıdaki tabloda görüleceği üzere Ereğli'de de buluyoruz. Bu bakımdan Ereğli'de 1968 yılındaki sayı dikkati çekicidir. Ancak müessir fiillerin Ereğli'de adam öldürmeler bakımından olduğu gibi, Türkiye ortalamasının da üstünde olduğunu söylemelidir. Bu iki tip suç ki, Türkiyede kırsal bölgelerin başlıca özelliğini teşkil ederler ve bunların sanayileşen bölgelerde azalmaları gerekir, Ereğli'de her iki suç bakımından Türkiye ortalamasının da üstünde bir sayıya rastlanmaktadır.

15. — Aşağıda mala karşı işlenen suçlarda hırsızlık, emniyeti suistimal ve dolandırıcılık suçlarını ve ayrıca sahtecilik suçlarını ayrı ayrı gözden geçirmek istiyoruz.

Hırsızlık

1964	1965	1966	1967	1968	5 yıllık ortalama
54	75	78	45	49	60,2

Yukardaki sayılardan anlaşılacağı üzere şehirleşme ve sanayileşme Ereğli'de hırsızlık suçlarında belirli bir artış husule getirmemiştir. 1965 ve 1966 yıllarındaki artış, yukarda da belirttiğimiz gibi, yapı işlerinde çalışmaya gelen işçilere bağlıdır. Yapı işleri sona erip, bunun sebebiyet verdiği dezorganizasyon ortadan kalkınca hırsızlık suçları da normal düzeyine gelmiştir.

Emniyeti suistimal

1964	1965	1966	1967	1968	5 yıllık ortalama
7	14	7	3	4	7

Sahtecilik

1964	1965	1966	1967	1968	5 yıllık ortalama
—	5	1	12	1	1,8

Görülüyor ki sanayileşen ve şehirleşen Ereğli'de hileye dayanan menfaat suçlarında (les délits de profit) artma şöyle dursun azalma eğilimi vardır. Bu suçlar yönünden hemen hemen kırsal bölgelerin özelliği açıkça kendisini göstermekte devam etmektedir.

Kadın ve erkek suçlülüğü :

16. — Hızla sanayileşen bir bölgede suçluların cinsiyet yönünden ayrılmaları ve kadın ve erkek suçlülüğünün birbirine olan oranı önemle gözden geçirilmelidir. Gerçekten sanayileşen ve şehirleşen bölgelerde kadın suçlülüğünün artma oranı göstermesi tabiidir. Geleneksel değerlerin zamanla aşınacağı bir sanayi toplumunda kadın üzerindeki sosyal kontrol mekanizmalarının işleme zorlaşacak, oluşan yeni değerler kadın suçlülüğünün artmasını sonuçlaya-

cak, kriminojen faktörler rolünü oynamaya başlayacaktır. Bu sebeple Ereğli'de kadın suçluluğu konusunda ayrıca durmak, Türkiyede hızlı sanayileşmenin suçluluk üzerindeki etkilerini tespit bakımından önemlidir.

Gerçekten Türkiyede, Ereğli gibi Anadolu kasabalarında, kadın genellikle evde çalıştığı ve kamu oyu kadının dışarda çalışmasına yatkın bulunmadığı için kadın suçluluğu ile erkek suçluluğu arasında geniş bir fark bulunması gerekir. Gerçekten de Türkiyede kadın ve erkek suçluluğu arasında böyle bir fark vardır.

Ereğli'de kadın ve erkekler tarafından işlenen tüm suç sayısı aşağıdaki tabloda gösterilmiştir :

Cinsiyet itibariyle ayırım

	1964	1965	1966	1967	1968	5 yıllık ortalama
Kadın	89	202	164	124	80	131,8
Erkek	794	1005	1101	645	577	824,4

Yukardaki tablodan anlaşılıyor ki, 5 yıllık ortalamalar ele alınmak suretiyle kadın ve erkek suçluluğu birbiriyle karşılaştırıldığında kadın suçluluğunun erkek suçluluğunun % 16 sını teşkil ettiği görülüyor. Bu oran, Türkiyedeki genel oranın bir hayli üstünde olmak gerekir. Gerçekten 1962 yılına ait 601 sayılı Adalet İstatistiğine göre bu yıl içinde 239.582 erkek ve 12.664 kadın işledikleri suçlardan dolayı mahkûm edilmişlerdir. Oran % 3,5 tur (6). Hükümlülük sayısı ile zabıta rakamlarını birbiriyle karşılaştırmanın gerçeğe ulaşmak bakımından uygun olmadığını biliyoruz. Ancak böyle bir karşılaştırma, elbette ki, belirli bir fikir elde edilmesini sağlar. Bu sebeple Ereğli'de kadın suçluluğunda kendisini gösteren ve Türkiye ortalamasını bir hayli aşan bu sayı dikkati çekicidir.

Ereğli'de de, Türkiyenin diğer kısımlarında olduğu gibi, kadın tarım işlerinde geniş ölçüde çalışır. Ancak Ereğli'de bu çalışma dışında, kadınlar iki konserve fabrikasında, çilek, sebze ve balık mevsimlerinde bu işlerde işçi sıfatıyla çalışmaktadırlar. *Kıray* araştırmasında 40 kadının hademelik yapmakta bulunduğunu da kaydetmektedir. Oysa Ereğli'de de kadının dışarda çalışmasına ilişkin Tür-

(6) Sulhi Dönmezer, Kriminoloji, 4. bası İstanbul 1971. s. 124 ve son.

kiye'de geçerli geleneksel değerler varlıklarını korumaktadır ve evli kadının ev dışında çalışmamasına taraftar olanlar büyük çoğunluktadır. *Kıray* araştırmasında evli kadınların çalışmalarını uygun görenlerin % 16,5 oranında bulunduğunu kaydediyor. Türkiye'yi kapsayan bir oran elde bulunmadığı için sözü geçen oranı değerlendirmek güçtür. Ancak bir Anadolu kasabası için bu oranın dikkati çekici bulunduğunu sanıyoruz.

Kadın suçluluğu yönünden dikkati çekici diğer bir özellik te iştirak halinde işlenen suçların çokluğudur. 1964 yılında bu oran 200 erkeğe 29 dur. Yukarıki bahislerde iştirak konusunda gerekli izahati vermiştik. Kadınların işledikleri suçlar başta hakaret ve sövme gelmek üzere Orman Kanununa muhalefet, müessir fiil ve nası izrardır. Müessir fiil ve Orman Kanununa muhalefet suçları genellikle erkeklerle iştirak halinde işlenmektedir. Kadın suçlarının tüm suçluluğa oranı 5 sene içinde hemen hemen hiç değişmemiştir.

Çocuk suçluluğu :

17. — Türkiyede, batı memleketlerinde olduğu gibi bir çocuk suçluluğu probleminin bulunmadığını biliyoruz. Çeşitli sebepler arasında başta geleni geleneksel ailenin, herşeye rağmen, Türkiyede varlığını sürdürmekte bulunmasıdır. Geniş aile, çekirdek aile haline geniş ölçüde dönüşmektedir; fakat geniş ailenin dayandığı temeller varlığını korumaktadır.

Türkiyede suç işleyen çocuk toplum tarafından suçlu sayılır. Toplumsal tutum bu çocuğun cezalandırılması yönündedir. Çünkü suçlu çocuk istisnadır; çocuk suçluluğunun yaygınlaştığı memleketlerde, yani çocuğunun suç işlemesi ihtimali herkes için geçerli bulunduğu ülkelerde çocuk, suçlu değil ve fakat «problemi olan çocuk» sayılmaya başlanır.

Aşağıdaki tabloda Ereğli'de suç işleyenlerden 11-15 ve 16-18 yaşlarında olanların sayısı gösterilmiştir.

Yaş grupları	1964		1965		1966		1967		1968	
	k	e	k	e	k	e	k	e	k	e
11 - 15	1	9	1	30	3	21	9	12	4	17
16 - 18	2	33	13	68	9	85	12	38	4	27
Toplam	3	42	14	98	12	106	21	50	80	44
Genel toplam	45		112		118		71		52	

Yukardaki tabloda gösterilen sayıların 5 senelik toplamı üzerinden bir oran teşkil edilecek olursa kız çocuklarının işlediği suçlar erkek çocuklarının işlediği suçların, yaklaşık olarak % 17 si oranındadır. Görülüyor ki, aşağı yukarı Ereğli'de işlenen tüm kadın erkek suçluluğu arasındaki oran, hemen hemen, burada da kendisini aynen göstermektedir.

Yukarıki tabloda gene görüldüğü üzere 1965 ve 66 yıllarında gözükten fazlalık çocuk suçluluğu bakımından da söz konusudur. Bu yıllarda sayı hemen hemen iki katına çıkmaktadır.

Çocuk suçluluğunun 5 senelik ortalaması 79.5 tir. 5 senelik tüm suçluluk ortalamasınının 956 olduğunu kaydetmiştik. O halde 11 - 18 yaşları arasında bulunanların işledikleri suçlar tüm suçluluğun % 8,3 ünü teşkil etmektedir.

Oysa 1959-1962 yılları arasında 4 senelik ortalama hükümlülük sayısına göre Türkiyede 11-18 yaşları arasında bulunanların tüm hükümlülüğe olan oranı % 12 dir. Görülüyor ki, Ereğli'deki rakam, genel sayıya göre daha düşüktür. Rakamların kesin, tam doğru olduğunu açıklamak imkânı, maalesef, yoktur. Sadece bir eğilim olarak Ereğli'de çocuk suçluluğunun daha düşük bir oranda bulunduğunu söylemek gerekecektir. Hızla şehirleşen ve sanayileşen bir bölgedeki çocuk suçluluğunun Türkiyenin tümüne göre daha düşük olması çok dik.kati çekici sayılmalıdır.

Netice :

18. — İnsan toplumu belirli bir ekonomik gelişme sonucu ve diğer sebeplerle şehirleşip karmaşık sanayi toplumu haline dönüşmeye başlayınca cemaatçi toplum özellikleri, giderek, ortadan kalkar ve yepyeni özelliklere ve yapısal unsur muhtevasına dayanan yeni bir sosyal sistem biçimi ortaya çıkar: «*Karmaşık sanayi toplumu*».

Bu tür bir toplumda asli örgütlenme aracı artık hısımlık değil fakat tabakalaşmadır. İhtisaslaşmış ekonomik, siyasal, dinsel, eğitimsel örgütlenmeler toplumun ana örgütlenme araçlarını teşkil ederler. Ortaya büyük bir fizik akıcılık çıkar ve şehirleşme süreci devamlı olarak yeni kurumları ortaya çıkarır. Gelişen teknoloji yeni kurumların, yeni kurumlar ise yeni normların teşkili ve eskilerinin tasfiyesi zorunluluğunu doğurur. Sanayi toplumu içinde gelişen menfaat grupları kendi çıkarlarını daha çok sağlayacak normların ortaya çıkmasını sağlamak üzere çaba gösterirler. Bundan sosyal normlar ve değerler üzerinde uyumsuzluk (dissensus)

hasıl olur. Bu sebeple normlardan çok geniş oranda sapılmaya başlanır. Bu hal toplumun bütünleşme oranını geniş ölçüde düşürür (7).

Bizim öne sürmeye cesaret ettiğimiz hipotez şudur ki, bu gelişmeler sanayileşen bütün insan toplumları için kaçınılamaz nitelikte değildirler. Toplumların kendilerine özgü normatif düzeni, sosyo ekonomik şartları halkın persepsiyonlarının gücü sözü geçen gelişmenin şiddetini azaltabilir ve toplumsal yapı çok geniş zarar görmeden sanayileşmeye, sanayi toplumuna geçilebilir.

Kanaatımızca Türkiye, hiç olmazsa, sanayileşen bazı bölgelerinde bu hipotezi haklı çıkaracak bir görünüşü belirtmektedir. Gene kanaatımızca yukarda özetlemeye çalıştığımız Ereğli projesi, hiç olmazsa suç yönünden, öne sürdüğümüz bu hipotezi teyid etmektedir.

Fütüroloji bakımından şu tahminde bulunuyoruz. Önümüzdeki yıllarda, Türk toplumunda sanayileşme ve şehirleşmenin etkisi altında ihtilâflar çoğalacak, Adliye ve zabitanın işi artacak daha çok suç işlenecektir. Ereğli'de bu gelişme içindeki yerini ilerideki yıllarda alacaktır. Türkiye de sanayileşmenin bir kısım kefaretni ödeyecektir. Ancak Türk toplumunun sosyal yapısı ve geçerli sosyal kontrol araçları batı memleketlerinde aynı gelişme olurken ortaya çıkan, problemler şiddetinde olmayacaktır. Esasta köy yapısına dayanan ve bu yapının sağladığı bütünleşme (integration) unsurlarını ihtiva eden Türk toplumunda sosyal normlar ve değerler tümüyle o derecede kuvvetle yerleşmiş ve insanlar tarafından o suretle içe geçirilmiştir ki, hızlı sanayiye geçişe rağmen normlar, bozucu güçlere karşı kuvvetlerini muhafaza edebilmekte ve idrakler (perception) kolaylıkla değişmemektedir.

Elbette ki, hiç kimse bu halin daha ne kadar sürebileceğini tahmin edemez. Ancak biz toplum olarak bu büyük manevî sermayemizin değerini bilir ve korunması için gerekenleri yapacak olursak sanayileşen batı toplumları yönünden ortaya çıkan bir çok problemin etkisinden, kendimizi, hiç olmazsa kısmen, kurtarabiliriz. Ama ne olursa olsun her halde sanayileşmenin bir kısım kefaretni mutlaka biz de ödeyeceğiz.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER

(7) Cemaatçi, geleneksel toplumlar ve sanayi toplumları arasında sosyal normlar bakımından mevcut farklar hususunda bk. Sulhi Dönmezer, Sosyoloji, İstanbul 1972, s. 165 ve son.

CEZA USUL HUKUKUNDA MUHALEMENİN İADESİNE AIT BAZI MESELELER (*)

Prof. Dr. Ayhan ÖNDER

İçindekiler

- § I - Muhakemenin iadesi talebine yetkili şahıslar.
- § II — Muhakemenin iadesi talebinin cezanın infazına tesiri.
- § III — Muhakemenin iadesinde duruşma yapılmadan hüküm verilmesi.
- § IV — Muhakemenin iadesinin safhaları ve yeniden yapılan duruşma neticesi verilecek hüküm.

(*) Bu etüdümüzde Ceza Muhakemeleri Usulü hukukumuzda mevcut muhakemenin iadesine ait bazı meseleleri tetkik etmek istiyoruz. Bundan önce yine bu mecmuada müessese ile ilgili diğer bazı problemlere eğilme fırsatı bulmuş ve kanaatimizi açıklamıştık. Bu makale ile bir iki husus dışında Muhakemenin İadesi müessesesini tamamen tetkik etmiş bulunuyoruz. İzahlarımız tamamen kanun hükümlerinin gerek tatbikat gerek doktrin bakımından anlaşılır şeklinin belirtilmesidir. Müessesenin ne gibi bir reforma ihtiyacı olduğu hususunda kanaat belirtmedik. Ancak her problem karşısında şahsi görüşümüzü açıklamakla iktifa ettik. Muhakemenin iadesi müessesesinde yapılması mümkün olabilecek reform çalışmalarının hangi vadede ve nasıl bir inkişaf takip etmesi gerektiğini bu makalemizden önce İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Kriminoloji Enstitüsünün düzenlediği Ceza Adalet Reformu İlkelerinin II. sempozyumuna sunduğumuz raporda esasları içinde ve etraflı bir şekilde belirtmiştik. Muhakemenin iadesi müessesesini tamamen izah eden bu seri makalelerimiz, bundan sonra neşredeceğimiz Muhakemenin İadesinin Mevzuu ve Muhakemenin İadesinin Talep Şekli'ndeki yazılarımızda tamamlanmış olacaktır.

sız hukukunda Adalet Bakanı muhakemenin iadesini talep etmeden evvel kanunda tesbit edilmiş belirli organdan mütalaa almak durumunda olduğu halde, İtalyan hukukunda Bakanın böyle bir mecburiyeti yoktur. Muhakemenin iadesini talep etmek isteyen bakan Temyiz Mahkemesi Başsavcısının yardımından istifade edebilmektedir.

Fransız hukukunda muhakemenin iadesi yeni vakıa veya deliller sebebiyle talep edilmekte ise, talep hakkı Adalet Bakanına aittir. Bakanın talep hakkı da sınırsız değildir. Talepten önce Bakan mesele hakkında bu iş ile vazifelendirilmiş bulunan bir komisyonun mütalaaasını almak mecburiyetindedir. Komisyonun her sene değişen üç üyesi Cour de Cassation üyesidir. Diğer üç üyesi ise, Adalet Bakanlığı müdürleridir. Bu komisyonun verdiği rapor Adalet Bakanını bağlamaz; fakat Adalet Bakanı bu komisyonun mütalaaasını almak mecburiyetindedir (2). Yeni delil veya vakıa sebebiyle muhakemenin iadesini talep etmek isteyen Adalet Bakanı talebini Başsavcıya bildirir. Savcı bu talep üzerinde herhangi bir değişiklik yapmaz ve olduğu gibi Cour de Cassation'un ceza dairesine verir. Fransız hukukunun bu şekil bir çözüm tarzını kabul etmiş olması yeni delil ve vakıalar sebebiyle yapılabilecek olan muhakemenin iadesinin fazla ve sebepsiz olarak talep edilmesine mani olmaktadır. Beyan edelim ki Fransız sistemi Kuvvetler Ayrılığı prensibini zedelediği esbabı mucibesi ile tenkit olunmakta bazı müellifler müessesenin güzelliğine nakise getiren bir husus olarak bu tatbikatı tenkit etmektedirler.

Hukukumuzda talebe selâhiyetli olanlar

Muhakemenin iadesi talebine hakkı olanlar, bu talebin lehe, aleyhe veya ölmüş mahkûm lehine yapılması hallerinde değişmektedir. Biz, selâhiyetli olan şahısları bu tasnife göre tetkik edeceğiz.

I — Mahkûmun lehine muhakemenin iadesi talebinde bulunabilecekler.

Bu halde kanunumuzun 286 - 296. maddeleri tatbik edilecektir. Buna göre;

(2) Garraud, 606.

a — Bizzat mahkûmun kendisi talebe selâhiyetlidir (md. 289/1). İlk hükmün verildiği muhakemede taraflardan birisi olan mahkûmun muhakemenin iadesini talebe hakkı tabiidir. Ancak bu talep lehe olabilecektir. Aleyhine muhakemenin iadesi ceza takibi olacağından, beraet etmiş olan bir şahsın aleyhine muhakemenin iadesini talebe yetkisi yoktur (3). Şahsi dava yolu ile görülmüş bir davada, şahsi davacının ölmüş olması, şahsi davanın mahkûmundan muhakemenin iadesi talebinin alınmasına sebep olmaz. Hal böyle olmakla beraber bazı müellifler (4) ve tatbikat (5) bazı kararlarında şahsi davacının ölmesi halinde yapılacak olan muhakemenin iadesi davasına iştirak edememesi, şahsi dava mahkûmunun talep hakkını bertaraf ettiği fikrindedirler. Diğer bazı müellifler (6) bu hususta kanunda bir hüküm bulunmadığı, şahsi davacının ölmesinin bu davanın mahkûmundan muhakemenin iadesi talebini nez neticesini doğurması ve bu halin kabulü tamamen şekli bir düşünüş olduğu (7); şahsi davacının verilen hükmün hatalı olması halinde herhangi bir menfaati olamayacağı, şahsi dava yolu ile takip olunan işlerin Ceza Muhakemeleri Usulü kanununda epeyce fazla suçlar olması dolayısıyla bunların mahkûmlarına muhakemenin iadesini talep hakkı verilmemesinin adil olamayacağı, mahkûm öldükten sonra dahi lehine muhakemenin iadesi kabul edildikten sonra buna karşılık şahsi davacının ölümü asla muhakemenin iadesi talebine mani olamayacağı fikrindedirler. Beyan edelim ki, şahsi davacının ölümü bu davanın mahkûmundan muhakemenin iadesi talebinde bulunma hakkını nezedemeyeceği, tatbikatta da kabul edilmektedir (8).

b — Savcının mahkûmun lehine muhakemenin iadesi talebinde bulunabileceği CMUK. nun 333. maddesi delaletiyle 289. maddenin 2. cümlesinde tasrih olunmuştur. Esasen CMUK. nun sistemi icabı Savcı yalnız sanığın cezalandırılmasını temin eden bir organ de-

(3) Neumann, 92.; Fischer, 18.

(4) Meves, 168.

(5) Hentig, 148 not 1.; Fischer, 18 den naklen. Bu karar Dresten Mahkemesi tarafından 14.12.1899 tarihinde verilmiştir.

(6) Walter, 37.; Fischer, 19.; Hentig, 148.; Neumann, 103.

(7) Hentig, 148.

(8) Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi 5.12.1898 tarihli kararı. Bu karar için bak. Hentig, 148.; Fischer, 19.

gil, bundan başka maddi hakikatin tesbitine de çalışan bir mercidir (9). Bu mevzuda şu hususların da ileri sürülmesi mümkündür. Savcı, maznunun aleyhine olarak muhakemenin iadesini sarahatle talep etmemiş ise, maznunun muvaffakatı olmadan talebini geri alamaz. (md. 295, 33). Hatta savcı maznunun rızası hilafına onun lehine iade talebinde bulunabilir (10). Savcı maznunun lehine iade talep ettiğinde esasen mahkûm da iade talep etmiş ve bu talepte kabul edilmiş ise, bu halde Savcının iade talebi mesnetsiz kalacaktır. Ancak bu halin kabulü için mahkûmun tek olması veya mahkûmlardan birisinin iade talebinin diğer mahkûma da tesir icra etmesi gerekir. Aksi halde savcının iade talebi, talepte bulunmayan mahkûm bakımından tesir icra edebilecektir (11).

c — Kanunumuz müdafinin de muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli olduğunu kabul etmiştir. Bu müdafinin mahkûm tarafından veya mahkemece seçilmiş veya tayin edilmiş olması arasında fark yoktur (12). Esasen müdafinin vazifesi mahkeme tarafından seçilmiş veya mahkûm tarafından tayin edilmiş olsa dahi, davanın kesin hüküm ile bitmiş olması halinde mahkûm bakımından dava muamelelerine tevessül edebilme hakkı nihayete ermiş olamaz (13). Bundan sonra dahi kendiliğinden muhakemenin iadesini talebe selâhiyetlidir. Ancak bu selâhiyet yalnız lehe istimal edilebilir ve mahkûmun açık arzusuna muhalif (md. 333, 290) olamayacağı gibi, ölümünden sonra da istimal edilemez. Kanunumuzun bu hükümlerinin diğer bir pratik faydası şudur ki, müdafî muhakemenin iadesini talep ederken yeniden ve bu gayeye müteveccih bir vekâletname vermek mecburiyetinde de değildir. Davanın ilk muhakemesinde ibraz eylediği vekâletname bu kısım için de ona talep hakkını verir (14). Müdafî muhakemenin iadesini talep ettikten sonra mahkûm bu talebe muhalif olduğunu bildirirse, müdafinin yapmış bulunduğu muhakemenin iadesi talebi geri alınmış sayılacaktır (15). Müdafî talepte bulunmuş ise, bu talebin mahkûmun arzusuna uygun olduğunu isbata mecbur değildir. Mahkûm tarafından

(9) RG. 20/46. Bu hususlar Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin zikredilen kararında gayet güzel belirtilmektedir.

(10) Knapp, 23.; Neumann, 92.

(11) Lux, 78, Neumann, 92, 93 not 4 ten naklen.

(12) Löwe-Rosenberg, 19/833.; Neumann, 92.

(13) Fischer, 21.; Neumann, 92.

(14) Walter, 38.; Löwe-Rosenberg, 19/834.

(15) Löwe-Rosenberg, 19/834.

aksi bildirilinceye kadar müdafinin talebi muteberdir. Mahkûm muhakemenin iadesini talep ettikten sonra vazgeçmiş ise, artık müdafî muhakemenin iadesini talep edemeyecektir (16).

d — Mahkûm kadın ise, kocası da muhakemenin iadesini talep edebilecektir. (md. 333, 291). Kanunumuz mahkûm kadın ise, kocasına muhakemenin iadesini talep hakkında müdafîye nisbetle daha başka bir hüküm vaz etmiştir. Buna göre koca karısının açık muhalefetine rağmen iade talebinde bulunabilecektir. Bu selâhiyet mahkûm kadının kocasına ait olup karıya tanınmamıştır (17). Dava şahsi dava yolu ile görülmüş ise, kocanın talep hakkı yoktur (18).

e — Mahkûmun kanuni mümessili de muhakemenin iadesini talebe selâhiyetlidir. (md. 333, 291). Cezai ehliyeti olmayan bir küçük hakkında hernasılsa ceza takibatı yapılmış ve mahkûmiyeti cihetine gidilmiş ise, bu küçüğün muhakemenin iadesini talebe hakkı vardır ve talep normal tesiri haizdir (19).

f — Müsadere muhakemesi kesin hüküm ile neticelenmiş ise, Savcı ve CMUK. nun 393. maddesinde tasrih olunan şahıslar iade talebine selâhiyetlidirler (20).

g — Kanunumuz, mahkûmun kendisini müdafaa edemeyeceği hallerde muhakemenin iadesi hususunda da talebe selâhiyetli kişiler grubunu genişletmiştir (21). Bunlar mahkûmun gaip olması ve ölmüş bulunması halleridir. Mahkûmun ölümü halinde talebe selâhiyetliler hakkında ileride izahat verilecektir. Burada mahkûmun gaip olması halinde talebe selâhiyetliler hakkında kanunumuzun kabul ettiği sistemi izah edeceğiz. CMUK. nun 269 ve müteakip maddeleri gaiplerin muhakemesine tahsis olunmuştur. CMUK. nun 333. maddesinin 273 ve 275. maddelerle olan münasebeti sebebiyle gaip olan mahkûm lehine kanuni hısımlarından birisi de muhakemenin iadesini talebe hakkı olacaktır. Ancak beyan edelim ki, CMUK. nun 273. maddesinde tasrih edilmiş bulunan akrabaların

(16) Löwe-Rosenberg, 19/834.

(17) Mahkûm kadın ise kocasının muhakemenin iadesi talebinde bulunabileceği mehzaz 298. maddede mevcut idi isede, 1935 tadili ile kandan çıkarılmıştır. Çıkarılış sebepleri için bak. Kohlrausch, 1936/308.

(18) Hentig, 135 not 2.

(19) Belling, 177.

(20) Neumann, 94.

(21) Hentig, 136.; Fischer, 21.

durumu kanunî mümessil veya kocanın durumuna nisbetle tâli mahiyet arzelmekte ve bu sebeple mahkûm gaibin arzusuna rağmen, meselâ mektupla vaki talebine rağmen, muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli bulunmamaktadır (22). Almanya'daki tatbikatta gaipler hakkında muhakemenin iadesinin CMUK. nun 273 ve 275. maddeleri muvacehesinde kanunî akrabalar tarafından da talep edilebileceği kabul edilmiştir (23). Buradaki kanunî akrabalar mefhumu en geniş şekilde kabul edilmelidir. Alman tatbikatı üvey babayı akraba olarak kabul ettiği gibi, en uzak derecedeki akraba dahi bu mefhumu girmekte, nişanlılık dahi bu halde akraba olarak kabul olunmaktadır (24).

II — Mahkûmun aleyhine muhakemenin iadesi talebinde bulunabilecekler.

a — Savcı mahkûmun lehine olduğu gibi, aleyhine de muhakemenin iadesini talep edebilecektir (md. 289). Beyan edelim ki kanunumuzun sistemine göre, muhakemenin iadesi mahkûmun aleyhine de yapılabileceği için, lehte ileri sürülen fikirler aleyhte iade sebebiyle tekrarlanabilecektir.

b — Kanunumuz 360. maddede sarıh hüküm sevk etmek suretiyle, şahsi davacının aleyhe muhakemenin iadesini talep edebileceğini göstermiştir. Mezkûr maddeye göre 330 maddede gösterilmiş bulunan ve aleyhe muhakemenin iadesi sebeplerini tanzim eden hükümde yer alan sebeplerle muhakemenin iadesi talep olunabilecektir. Şahsi davacının aleyhe yaptığı muhakemenin iadesi, lehe neticelenebilir. Mahkûmiyetten sonra kaybolan aleyhteki deliller, muhakemenin iadesinin lehe neticelenmesini temin edebilirler. Nasıl ki şahsî dâvacı maznun aleyhine kanun yoluna gider ve kanun yolu muhakemesi maznunun lehine neticelenebilirse, burada da aynı hal bahis konusudur (25).

c — Kanunumuz, müdahil davacının da, muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli olduğunu, şahsî dâvacıda olduğu gibi, sarıh bir

(22) Hentig, 136.

(23) Fischer, 21 not 56. Colnar Mahkemesi Kararı Els. Loth. Z. 9/418. Juristische Zeitung für das Reichsamt Elsass-Lothringen.

(24) Hentig, 136.; Fischer, 21.; Neumann 98.

(25) Neumann, 94.

hüküm sevk etmek suretiyle tesbit etmemiştir. Ancak, müdahil davacının da muhakemenin iadesini yalnız mahkûmun aleyhine olarak talep edebileceğini kısmen 371. maddedeki «Davaya dahil olan şanın Cumhuriyet müddeiumumisine bağlı olmaksızın kanun yoluna müracaat edebilir» şeklindeki hükümden, kısmen de 367. maddedeki «Müdahale talebi kabul edildiği anda dahili dâva olan kimse şahsi dâva müddeisinin haiz olduğu aynı haklardan istifade ederler» şeklindeki hükümlerden istihraç ediyoruz. Beyan edelim ki, doktrinde müdahil dâvacının muhakemenin iadesine selâhiyetli olmadığı fikri de müdafaa edilmektedir (26). Bu müelliflerin fikirlerine göre, müdahil dâvacının haiz olduğu hakları tesbit eden 367. ve kanun yoluna müracaatı tanzim eden 371. madde muvacehesinde, müdahil dâvacıya tanınan kanun yolu ancak 371. maddede tasrih edildiği veçhile «kanun yolu» dur. Halbuki, muhakemenin iadesi talebi kanun yolu olmadığına göre, kanunun bu sarîh beyanı muvacehesinde, müdahil dâvacının muhakemenin iadesini talebe hakkı olmamalıdır. Bundan başka müdahil dâvacının hakları dâvanın kesin hüküm ile bitmesi anından itibaren kaybolmaktadır; yani hüküm, kesin hüküm kuvvetini iktisap ettikten sonra, müdahil davacının o dava ile olan münasebeti kalmamıştır.

Bu fikre karşı olan Hentig (27), müdahil dâvacının durumunu müdafinin durumuna benzetmekte ve dâva kesinleşmiş hüküm ile nihayetlendikten sonra nasıl ki müdafî mahkûmun açık arzusuna muhalif olmamak şartı ile muhakemenin iadesini talep edebilmekte ise, aynı şekilde düşünmek suretiyle hüküm kesinleşmiş olsa dahi müdahil dâvacıya muhakemenin iadesini talep hakkı tanınmalıdır. Löw-Rosenberg (28) de müdahil dâvacının muhakemenin iadesini talebe hakkı olduğunu kaydetmekte, bunu, hernekadar 371. madde 360. maddeden farklı olarak muhakemenin iadesi talebine de selâhiyetli olduğu hususunu tasrih etmeden kanun yolundan bahsetmekte isede, 367. maddenin umumi prensibi icabından istihraç etmektedir. Belirtelim ki, diğer bazı müellifler de müdahil dâvacının muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli olduğunu kabul etmektedirler (29).

(26) Birkmeyer, 334.; Bennerke-Beling, 647.; v. Kries, 214.; Neumann,

(27) s. 151.

(28) 19. Bası s. 1061.

(29) Erbs, 339.; Kohlrausch, 22/335.; Gerland, 458.; KMR. 579.

Memleketimiz tatbikatı bakımından Yüksek mahkememizin 1. CD. nin 7.10.1948 tarih ve 160/1798 sayılı kararı, «Mahkûm aleyhine iadei muhakeme yolu ile yeniden duruşma icrasını talep hakkı, CMUK. nun 330, 333, 371 inci maddeleri hükmüne göre, C. Müddeiumumisi ile umumî hükümler dairesinde müdahile ait olup...» şeklindedir ve müdahile muhakemenin iadesini talep hakkı tanınmaktadır (30). Belirtelim ki, mehz kanunun tadili hususunda hazırlanmış bulunan tasarılar da, münakaşalı olan bu durumu bertaraf etmek için, müdahilin talebe yetkisi sarih hüküm sevkedilmek suretiyle kabul edilmişti (31).

Savcı mahkûmun lehine muhakemenin iadesini talep ettiği takdirde daha önce dâvaya müdahale etmiş ve talebi kabul edilmiş bulunan müdahil dâvacının bütün selâhiyetleri yeniden doğar (32). Eğer mahkûm muhakemenin iadesini talep etmiş ise, bu takdirde müdahil dâvacı otomatik olarak hasım durumuna girecek, yani Savcının yanında yer alacaktır (33). Duruşmalara girecek, delil telâkisinde bulunacak, delil ikame edebilecek ve mahkemenin verdiği kararlara karşı, Savcı gitmese dahi, acele itiraz yoluna gidebilecektir (34). Duruşma yapılmadan mahkûmun derhal beraetini gerektiren halde (CMUK. md, 339) müdahil dâvacı duruşmaya işin mahiyeti icabı giremeyecektir. Ancak, 339. maddenin tatbik edilebilmesi için, bu maddenin 3. fıkrasında gösterildiği gibi, Savcının muvaffık mütalâası da alınacaktır. Savcılığın muvaffık mütalâasına rağmen müdahil dâvacı aksi mütalâada bulunmuş ise, bu hal Savcılığın mütalâasının hukukî değerine tesir etmez; zira burada Savcılık mütalâası bu makama tanınan fonksiyon ile ilgilidir (35).

III — Ölü mahkûm lehine muhakemenin iadesini talebe selâhiyattar olanlar

Kanunumuz ölmüş mahkûm lehine muhakemenin iadesini talep hususunda sağılara nisbetle hususiyet arz etmektedir. Bunlar aşağıda belirttiğimiz üzere, talebe selâhiyetli olan şahıslar ve ta-

(30) Çağlayan, 696.

(31) Neumann, 95 not 13.

(32) Hentig, 153.

(33) Hentig, 153.

(34) Hentig, 153.

(35) Rosenfeld, 160.; Neumann, 201.; Mayer, 44.; Hentig, 153.

lebin yalnız lehe olması hususuna taallûk ettiği gibi, talep yalnız beraete müteveccih olacaktır. Muhakemenin aleyhe iadesi talebi mümkün olmadığı gibi (36) aleyhe muhakemenin iadesi talep edildikten sonra mahkûm ölmüş ise, mahkeme 339. maddenin 1. fıkrasına göre talebin reddine karar verecektir (37). Mahkûmun vefatı halinde bunun lehine muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli olan şahıslar hususunda kanunumuzun 329. maddesi sarahat ve hususiyet taşımakta, ölüm halinde ölenin karısı veya kocası, usulü, fûruu, erkek ve kız kardeşlerin selâhiyetli olduklarını göstermektedir.

Kanunumuzun bu hükmüne benzer kaideler mukayeseli hukukta da vardır. Fransız hukukunda, ölü mahkûmun (md. 623) karısı veya kocası, çocukları, usulü, mirascıları ve mahkûmun sarahatle selâhiyet verdiği şahıstır. İtalyan hukukunda (md. 556) mirasçılar veya yakın akrabaları, İsviçre gerek Federal gerek Kanton hukukunda ölü mahkûmun kan ve sıhriyet hısımları, kardeşleri, karı veya kocası (38) Avusturya hukukunda (md. 354, 282, 283) karı veya kocası, usul veya fûru, vasisi veya savcı iade talebine selâhiyetlidirler. Mirascıların da bu hakkı haiz olduğu kabul edilmektedir (39). Görüldüğü gibi, post mortem halde iade talebinde bulunma selâhiyetini genişleten kanunlarda, iade talebinde bu şahısların şahsî veya maddî menfaatleri nazara alınmaktadır. Doktrin bu menfaatin mameleke müteallik menfaat içinde değil, şahsî menfaate önem verilerek kabul edilmesi fikrindedir (40).

Normal muhakemenin iadesi usulünde kanunun 333. maddesine göre kanun yollarına müracaat hakkındaki umumî hükümler muhakemenin iadesi talebi için de geçerlidir. Bu hükme göre Savcı ve müdafî muhakemenin iadesini talep edebileceklerdir. Ancak, ölüm halinde muhakemenin iadesi talebinde bulunabilecek olanlar normal muhakemenin iadesi talebine nisbetle bir bakıma genişletilmekte, diğer bakımdan daraltılmaktadır. Ölenin karısı veya kocası, usulü veya fûru, erkek veya kız kardeşleri talep edebileceklerine göre Savcı ve müdafî, fıkroda zikrolunmadığı için bu haktan mahrum bulunmakta, böylece bu iki şahıs bakımından bir tahdit

(36) Löwe-Rosenberg, 20/885.

(37) Neumann, 99.

(38) Anders, 62.

(39) Lohsing-Serini, 607.; Roeder, 335.

(40) Anders, 62.

bahis konusu olmaktadır. Vekillik ve müvekkillik münasebeti, müvekkilin ölümü ile son bulacağına göre, bundan müvekkilin menfaatlerinin vekil tarafından korunması bahis konusu edilemeyecektir (41). Ancak, 329. maddenin 2. fıkrasında Savcı gösterilmediğine göre, kanunun bu sarıh hükmü müvacehesinde, Savcıya ölünün lehine muhakemenin iadesi talebinde bulunabilme selâhiyetinin verilmemesi fikri müdafaa olunmaktadır (42). Diğer bazı müellifler (43) CMUK. nun 329. maddesini hususi bir hüküm olarak kabul etmekte iselerde, Savcının mevki ve fonksiyonu icabı muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli olması gerektiğini benimsemektedirler; zira Savcının vazifesi yalnız fail hakkında takibatta bulunmak değil, maddî hakikatin meydana çıkarılmasını da temindir. 289. maddeye göre adli kararlar aleyhine gerek C. Savcısı gerek maznun kanun yoluna gidebileceklerdir. C. Savcısı maznunun lehine de kanun yoluna gidebilir. (md. 289/2). 333. maddede kanun yollarına müracaat hakkındaki genel hükümlerin muhakemenin iadesinde de cari olduğu belirtilmektedir. 329. maddenin 2. fıkrası iade talebine selâhiyetli olanları genişlettiğine göre, Savcının da bu talebe selâhiyetini kabul etmek gerekecektir (44). Görüldüğü gibi, meselenin hallinde doktrinde iki fikir ileri sürülmektedir. Bu münakaşalı durumu mehzaz kanunun tatbikatını yapmış bulunan Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesi verdiği bir karar ile halletmiş ve Savcının talebe selâhiyetli olduğunu kabul etmiştir (45).

Madde metninde kardeşlerin talebe selâhiyetli olduğu gösterilmektedir. Kardeşlerin tam veya yarım kardeş olmaları arasında fark yoktur (46). Kardeşlere bu selâhiyeti tanıyan yabancı kanunlar tatbikatı da meseleyi böyle halletmişlerdir (47) Karı-Koca mefhumu üzerinde de durmak gerekir. Karı-Kocadan birisinin ölümü halinde sağ kalan diğer eş dul halde olsa veya tekrar evlenmiş bulunda dahi, maddedeki karı-koca münasebeti içinde mütalâa olunmalıdır (48). Ancak, boşanma evlilik münasebetini sona erdirece-

(41) Knapp, 21.

(42) v. Kries, 635; Knapp, 21.

(43) Schwarz, 19/447.; Fischer, 22.; Löwe-Rosenberg, 19/981.; Gerland, 437.

(44) Neumann, 98, 99.

(45) RG. 10/423.

(46) Neumann, 98.

(47) Anders, 63.

(48) Neumann, 97, 98.

ğine göre, ölümden önce boşanma vuku bulmuş ise, muhakemenin iadesini talep hakkı da sona erer (49).

Madde metninde muhakemenin iadesi talebinin yapılmasından sonra mahkûmun ölmüş olması sarahaten gösterilmemiştir. CMUK. nun 329, 339. maddeleri yalnız mahkûmun ölmesinden sonra yapılmış olan taleplere aittir (50). Eğer mahkûmun kendisi veya 289, 291, 333. maddelerde gösterilen şahıslar tarafından muhakemenin iadesi talep olunmadan mahkûm ölmüş ise, muhakemenin iadesi usulü ancak 329. maddenin 2 fıkrasında tasrih edilmiş bulunan şahıslardan birinin talebi üzerine başlar (51). Mahkûm ölmeden önce muhakemenin iadesini talep etmiş olsa ve talep henüz reddedilmeden mahkûm ölmüş bulursa muhakemenin iadesi usulü 329. maddenin 2. fıkrasında tasrih edilmiş bulunan şahıslar tarafından nasıl devam ettirileceği meselesi kanunda gösterilmemiştir. Bu mevzuda iki şekilde teemmül olunabilir.

a — Birinci şekle göre henüz kat'i olmayan bu durumda talebe selâhiyetli olan bir şahsın talepte bulunması muhakemenin iadesi usulünü kaldığı yerden devam ettirmek için kâfi olduğu kabul edilebilir.

b — Diğer hal tarzına göre, mahkûmun ölümü ile yapmış bulunduğu muhakemenin iadesi talebi de sona erer ve bu halde mahkemenin tatil kararı vermesi gerekir. Selâhiyetli olan şahıslardan birisi talepte bulunursa ancak bu halde muhakemenin iadesi usulü kaldığı yerden devam edebilir.

Belirtilen bu iki fikir hakkında doktrindeki hâkim kanaat selâhiyetli şahıslardan birisinin talepte bulunması halinde muhakemenin iadesi usulüne kaldığı yerden devam edileceğidir (52). Yani bu halde tatil kararı verilemez. Hernekadar bu şekil hal tarzı kanunda gösterilmemiş isede, meselenin ve müessesenin mahiyeti icabı böyle hal tarzını gerektirir; zira aksi hali düşünmemek dâvanın uzaması ve lüzumsuz yere fazla masrafı icap ettirecektir (53).

Ancak, kanunda tasrih edilmiş bulunan alâkalı şahısların muhakemenin iadesi usulünü devam ettirebilmelerinin bazı şartları

(49) Knapp, 20 not 1.

(50) Knapp, 21.

(51) Knapp, 21.

(52) v. Kries, 714!; Bennecke-Beling, 599.; KMR, 898.; Löwe-Rosenberg, 19/1000.

(53) Knapp, 22.

olacaktır. Bunları şu şekilde tesbit ve tetkik etmek mümkündür. Eğer mahkûm ölmeden önce muhakemenin iadesini daha hafif bir ceza verilmesi gayesine müteveccih olarak talep etmiş ise, alâkalıların talebine rağmen muhakemenin iadesi dâvasına devam olunmaz, düşme kararı verilmelidir. Hal böyle olmamışta, mahkûm ölmeden önce beraeti hedef ittihaz ederek muhakemenin iadesi talebinde bulunmuş ise, bu halin de ikili bir tefriğe tâbi tutularak incelenmesi gerekecektir.

a — Eğer, 329. maddenin 2. fıkrasında gösterilen şahıslar mevcut değilse veya mevcut olmakla beraber talepte bulunmamışlarsa, muhakemenin iadesi dâvasının durması cihetine gitmek gerekir. Savcı kendiliğinden dâvayı devam ettiremediği gibi, mahkeme de re'sen dâvanın devamı cihetine gidemez. Ancak, talepte bulunmaya selâhiyetli olanlar beraet gayesine müteveccih olmak üzere her zaman talepte bulunabilirler.

b — İkinci hale göre, alâkalılardan birisi mahkûmun ölümünden sonra derhal talepte bulunmuş ise, muhakemenin iadesi usulü herhangi bir kesintiye maruz kalmadan devam eder ve talepte bulunan şahıs ölen mahkûmun yerine geçer.

Şayet Savcı 333. ve 289. maddelere göre ölen mahkûmun sağlığında lehe muhakemenin iadesini talep etmiş ise, mahkûmun ölümünden sonra yukarıda tetkik ettiğimiz bir fikre göre muhakemenin iadesi talebinde bulunamayacak, durma kararı verilmesi gerekecektir; zira 329. maddenin ikinci fıkrasında mahkûmun ölümünden sonra muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli olanlar arasında Savcı gösterilmemiştir. Ancak, Savcının mahkûmun menfaatlerini de koruyan bir kimse olarak ve bundan başka, mevcut hatalı bir hükmün bertaraf edilmesinde ammenin de menfaati mülahazasından hareket edildiği takdirde başka şekilde düşünmek gerekecektir. Savcı mahkûmun sağlığında onun arzusu hilâfına dahi muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli olduğu kabul edildikten sonra veya mahkûmun akıl hastalığına tutulmuş olması halinde veya diğer bir sebeple muhakemenin iadesini talep edemiyorsa, Savcı bu talebi yapabileceğine göre 329. maddenin 2. fıkrasında talebe selâhiyetli kimselerin ademi mevcudiyeti halinde veya mevcut olmakla beraber talepte bulunmamaları veya bilinmemeleri halinde muhakemenin iadesi talebine Savcı da selâhiyetli olmalıdır. Bu selâhiyet Savcının daha önce iktisap ettiği dâvada taraf olma ha-

linden istihraç da edilmektedir (54). Savcının böyle bir selâhiyeti olduğunu şu husus dahi teyid etmektedir; kabul edelim ki, mahkûm ölmeden önce Savcı lehe muhakemenin iadesi talebinde bulunmuş ve beraeti gerektiren bütün delilleri mahkemeye arzemiş ve bunlarda mahkemece telâkki edilmiş ve beraet hükmünün istihsalı bir gün meselesi halini almış bulunsun. Mahkûm bu arada ölürse, Savcıya talep selâhiyeti tanınmadığı takdirde dâva bu halde durma ile kapanacak ve maddî hakikatin tecellisi mümkün olmayacaktır.

Mahkûmun müdafisine gelince, o mahkûm hayatta iken muhakemenin iadesini talep etmiş olsa (md. 290) ve bu talep beraete müteveccih bulunsa ve dâvanın gidişatı bu vadide olsa dahi, mahkûmun ölümü üzerine dâvanın durması gerekecektir. Ancak, bu halde talebe selâhiyetli olanlardan bir tanesi dâvayı üzerine alırsa, kaldığı yerden devam edebilecektir. Bu hal aynen 291. maddede gösterilen kanunî mümessil bakımından da varittir. Mahkûm lehine kanun yoluna müracaata selâhiyetli olan kanunî mümessil, ölümden sonra muhakemenin iadesini talebe selâhiyetli değildir. Kanunî mümessil bakımından bu hal doktrinde şu sebeple müdafaa edilmektedir. Maznunun hayatında yaptığı veya onun lehine müdafî tarafından talep edilen iade, daima maznun için yapılmaktadır. Halbuki kanunî mümessil iadeyi kendisine ait olan talep hakkını istimal ederek yapmaktadır (55).

Ancak bu hususta bir tefrik yapmak gerekecektir. Kanunî mümessil aynı zamanda 329. maddenin 2. fıkrasında gösterilen şahıslardan ise, bu halde yukarıdaki beyanlarımız aynen burada da cari olacak, yani kanunî mümessilin mahkûmun ölümünden sonra vereceği talep, davayı inkıtaa uğratmadan devam ettirebilecektir. Hal böyle değilse, kanunî mümessil 329 maddenin 2. fıkrasında gösterilen şahıslardan değilse, bu takdirde kanunî mümessil için yapacak hiç bir şey yoktur.

Mahkûm karı ise ve koca karının sağlığında muhakemenin iadesini talep etmiş ve daha sonra karı ölmüş olsa bile muhakemenin iadesi usulü durdurulmaz; zira 291, 333 ve 329. maddenin 2. fıkrasına göre, koca, karı öldükten sonra dahi muhakemenin iadesini talebe selâhiyetlidir. Ancak dâvanın durması kararı verilmeden de-

(54) Neumann, 101.

(55) Neumann, 101.

vam edebilmesi için karının sağlığında kocanın yapmış olduğu iade talebinin beraete müteveccih olması lâzımdır (56).

Mahkûmun ölümünden sonra 329. maddenin 2. fıkrasında tasrih olunan şahıslardan bir tanesinin talebi, yukarıda tetkik ettiğimiz gibi, dâvayı devam ettirecektir. Ancak, talepte bulunan bu şahıs da dâva sırasında ölürse dâvanın devamı için, 2. fıkrada tasrih olunan şahıslardan birisinin yine talepte bulunması şarttır (57).

Mahkûmun ölümünden sonra iade talebine selâhiyetli olanlardan birkaçı iadeyi talep etmişlerse, bunlardan birisinin ölümü görülmekte olan muhakemenin iadesine tesir icra etmez. Talep edenlerin hepsinin ölümü halinde, talepte bulunmamış olmakla beraber selâhiyetli olanlardan birisinin dâvayı kabul etmesi halinde, dâvaya devam olunur, aksi halde durma kararı verilecektir.

Ş II — MUHAKEMENİN İADESİ TALEBİNİN CEZANIN İNFAZINA TESİRİ

Muhakemenin iadesi kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne karşı gidilen bir hukukî çare olduğu ve iadeyi icap ettiren hallerin mevcudiyeti muvacehesinde de iadenin talep olunabileceği bir tarafta, diğer tarafta da kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün derhal infazına başlanacağı kaidesi vazedilince, bu iki tarafın birbiri ile olan münasebetinin en grift bulunduğu noktalardan birisi de, muhakemenin iadesinin kesinleşmiş ve infazına başlanmış veya başlanmakta olan bir mahkûmiyet hükmünün infazını tehir edebilip edememesi halinde görülür. Kanunumuz, bu iki müessesese arasındaki münasebeti düzenleme gayreti göstermiş ve 328. maddeyi sevk etmiştir. 328. maddeye göre, muhakemenin iadesi talebi hükmün icrasını (infazını) tehir etmeyecek; ancak mahkeme icranın (infazın) tehir ve tevkifine karar verebilecektir (1).

Kanaatımızca muhakemenin iadesi müessesesi ile cezanın infazının tehiri ve tevkifi iki kısım içinde incelenebilir ve incelenme-

(56) Neumann, 102.; Knapp, 26.

(57) Knapp, 26.

(1) Kanunumuzun tercümesi hatalıdır; zira mehz kanun cezanın icrası karşılığı «Hemmung der Vollstreckung» yani infazın durması demektedir. Buna benzer tercüme hatalarını başka maddelerde de görmek mümkündür.

lidir. Evvelâ muhakemenin iadesi talebi ve bunun infaza olan tesiri sonra iadei muhakeme talebinin kabulünden ve yeniden duruşma yapılmasına karar verilmesinden sonra bu kararın infaza olan tesiri ayırt edilmelidir.

I — Muhakemenin iadesi talebinin infaza tesiri

Tetkik ettiğimiz bu halin 328. madde ile halledilmiş olduğunu görüyoruz. Gerçekten muhakemenin iadesi talebi cezanın infazında ipso jure herhangi bir tesir yapmayacak, ancak mahkeme infazın tehir veya tevkifine karar verebilecektir. Kanunumuzun bu hükmünü yerinde telâkki etmek gerekir. Gerçekten kesinleşmiş her mahkûmiyetin infazına başlanmış olması veya başlanacağı halde mahkûm cezayı bir müddet sonra çekmek veya cezanın infazını durdurmak istese, muhakemenin iadesini talep etmek suretiyle arzu ettiği neticeye varabilecek ve bu tamamen mahkûmun arzusuna bırakılmış olacaktır (2). 328 inci maddenin kullanmış olduğu ifade tarzı sebebiyle gerek muhakemenin iadesi talebinin yapılmış olması (md. 334, 335) gerek talebin kabul edilmiş bulunması (md. 336/2) cezanın infazının tehir veya tevkifini ipso jure icap ettirmeyecektir. Hattâ iade talebinde bulunan kimsenin cezası infaz edilmekte veya henüz infazına başlanmakta ise, cezanın normal infaz şekli, iadei muhakeme talebine rağmen uygulanacaktır. Bu sebeple iade talebi hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz şeklinde bir değişiklik meydana getirmez. Meselâ, iade talebi ile birlikte ipso jure hürriyeti bağlayıcı ceza tutukluluk halinde infaz edilir biçime dönüşmediği gibi, mahkûmun şartla salıverilmesi neticesini de doğurmaz (3).

Ancak kanunumuzun sistemine göre, yapılan iade talebinin ve dosya münderecatının durumuna göre cezanın tehir veya tevkifine karar verilebilecektir. Bu hususta bir karar verilmedikçe cezanın normal infazına devam olunacaktır. Bu şekil ile kanunumuz muhakemenin iadesinin bu ilk iki safhasında mecburi değil, fakat hâdisenin durumuna göre tehir veya tevkifi kabul etmiş olması nedeniyle, takdiri sisteme iltifat, etmiştir. Mehz Alman kanunu hazırlanırken, kaide olarak, muhakemenin iadesi talebinin infaza mani olmaması prensibi benimsenmiş, ancak ölüm cezasının bahis konusu olduğu halde, iade talebinin infazı ipso jure durdurması fikri

(2) Mayer, 38.

(3) Hentig, 207.

ileri sürülmüştü (4). Bu teklif Meclis komisyonunda iltifat görmemiş ve tasarının ikinci müzakeresi sırasında tekrar edildiği halde, sebepsiz yapılacak muhakemenin iadesi taleplerinin infazı durduracağı, bununla her ölüm cezasında karşılaşmanın mümkün olacağı ve bundan başka ölüm cezalarının re'sen Temyiz mahkemesince tetkik edilmesi şeklinin vazedilmiş olması nedeniyle mahkûm lehine bir garanti sisteminin de meydana getirildiği ve bu sebeple tesbit edilmiş bulunan kaideden vazgeçip istisna koymanın doğru olmayacağı gerekçesi ile teklif reddedilmişti (5). Hukukumuz bakımından da infazın tehir ve tevkifi hususunda cezanın cinsinin ehemmiyeti yoktur. Her ceza nevinde kaide, iade talebinin infaza mani olmadığıdır.

Infazın tehiri kararı 328. maddeye göre hükmüne karşı muhakemenin iadesi talep olunan hükmü veren mahkemece verilir. Failin birden fazla suçu sebebiyle cezaların hakiki içtima kaidesi içinde toplanması başka bir mahkemece yapılmış ise, infazın tehir veya tevkifine cezaların içtimaı ameliyesini yapan mahkemece değil, mahkûmiyet hükmünü veren ve muhakemenin iadesi talep olunan mahkemece verilebilecektir (6). Mukayeseli hukukta muhakemenin iadesi talebi hükmü veren mahkemeden daha yüksek vazifeli bir mahkemeye yapılması gerekeceği sistemi de kabul edildiğinden, bu şekli benimseyen kanunlarda infazın tehir veya tevkifine bu mahkemece karar verilmektedir. Meselâ 1954 Macar Kanununun 274. maddesi böyledir.

Infazın re'sen veya mahkûmun talebi üzerine tâlik veya tevkifine karar verilmeden evvel 31. maddeye göre C. Savcısının yazılı veya sözlü mütalâası alınacaktır. Ancak, C. Savcısının vermiş bulunduğu mütalâanın aksine bir karar verilmesi halinde bu karara karşı hangi kanun yoluna gidilebileceği hususunda kanunda bir rahat yoktur. Bizce de (7) CMUK. nun 340. maddesine göre gerek mahkûm gerek C. Savcısı bu hususta verilen kararlara karşı acele itiraz kanun yoluna gidebileceklerdir. Acele itiraz üzerine tetkik

(4) Bu teklif Mebus Reichenberger tarafından yapılmıştı ve ölüm cezasının bahis konusu olduğu halde — muhakemenin iadesi talebinin infazı durduracağı şeklinde idi. Bak. Hahn, I/1061.

(5) Mebuslar arasında geçen fikir teatileri için bak. Hahn, II/1406.

(6) Dalcke-Fuhrmann-Schaefer, 1610.

(7) Aynı kanaat, KMR, 588.; Schwarz, 16/458.; Hentig, 207.; Walter, 44.; Erbs, 313.; Stücker, 74.

mercii kat'i mahiyette karar verecektir. Muhakemenin iadesi talebi bu hususta selâhiyetli olan mahkeme tarafından reddedildikten sonra alâkalının bu karara karşı acele itiraz kanun yoluna gitmesi neticesi mesele itiraz merciince tetkik edilirken bu merci hem muhakemenin iadesi talebinin reddine dair verilen kararı tetkik edecek hem de infazın tehir veya tevkifine de karar vermeğe selâhiyetli bulunacaktır (8). Zira, bu halde itiraz merci re'sen infazın tehir veya tevkifinin lüzumlu olup olmadığına da karar vermek durumundadır. Esasen muhakemenin iadesi talep edildikten sonra selâhiyetli mahkemenin bu talebi reddedip, red kararı itiraz merciince kaldırıldıktan sonra, muhakemenin iadesinin cereyan edeceği mahkemeden infazın tehir veya tevkifine dair bir kararın sadır olması ekseri hallerde beklenemez (9).

Muhakemenin iadesi talep olunan mahkûmiyet hükmünde tesbit edilmiş bulunan ceza ölüm cezası olsa ve cezanın inaz edilebilmesi için dosya af selâhiyetini kullanan bir makam veya mercide bulunsa, bu halde de, bu makamın henüz cezanın infazına veya affına dair herhangi bir karar vermemiş olması, selâhiyetli mahkemenin cezanın tehirine karar verebilmesine mani değildir (10).

Muhakemenin iadesi talebi muvacehesinde, iade sebebinin ilk görünüşte varit olması halinde mahkemenin infazı tehir veya tevkif etmesi arzuya şayandır. Bu hal bilhassa muhakemenin iadesinin işlenmiş bir suç sebebiyle talep edilmesi halinde mümkün olabilecektir. Ceza hükmünün, daha sonra kesinleşmiş bir hukuk mahkemesi hükmü ile bertaraf edilmiş olan hukuk mahkemesi hükmüne dayanması halinde de aynı şekilde düşünmek gerekir. Diğer iade sebeplerinde muhakemenin iadesini talep eden şahsın maddî vakıa veya delilleri mümkün olduğu kadar açık ve seçik bir biçimde mahkemeye arzetmesi gerekir. Hukukumuzda muhakemenin iadesi usulünün ilk iki safhası gizli olması nedeniyle, kâğıt üzerinde mevcut taleplerin mahkemeye kanaat getirebilmesi için gerekçeli ve açık bir şekilde belirtilmiş olması lüzumludur.

(8) Bu tatbikat Rostock Eyalet Yüksek Mahkemesince yapılmıştır. Bak. Hentig, 207.

(9) Hentig, 208.

(10) KG. 2. CD. 4.2.1928 tarihli karar. Bu karar için bak. JW. 1928 Cilt I/428.; Aynı kanaat, Erbs, 313.

II — Yeniden duruşma yapılması kararının infaza tesiri

Ancak, muhakemenin iadesi talebi ilk iki safhadan geçmiş ve talep esastan kabul edilmiş ve 338. maddenin 2. fıkrasına göre muhakemenin yenilenmesi talebi kabul edilmiş, duruşmanın icrasına da karar verilmiş ise cezanın infazına yine devam edilebilecek midir? Mehaz kanunu tathik etmiş bulunan mahkemeler meseleyi çeşitli şekillerde halletmişlerdir. Hamburg Eyalet Yüksek mahkemesi vermiş olduğu 14.4.1930 tarihli bir kararında muhakemenin iadesi talebinin kabul edildikten sonra muhakemenin yenilenmesine ve duruşma icrasına karar verilse dahi cezanın infazı ipso jure tehir veya tevkife uğramayacaktır. Mahkeme bu şekilde karar verirken şu esbabı mucibeye dayanmıştı; yeniden yapılan duruşma neticesi 341. maddeye göre mahkeme evvelki hükmü tastik eder veya iptal ile mesele hakkında yeni baştan bir hüküm verir. Öyle ise yeniden verilecek hükme kadar eski hüküm mevcudiyetini muhafaza edecektir (11). Görülüyor ki mahkeme bu şekilde bir kanaata vasil olurken yeniden duruşma yapılmasına mütedair verilmiş kararın eski hükmün kesin hüküm kuvvetini ve bunun mevcudiyetini, hukuki tesirlerini, yeni hükme kadar muhafaza ettiği grösündedir. Aynı mahkeme daha sonra 12.2.1931 tarihinde vermiş bulunduğu diğer bir kararı ile bu içtihadını değiştirmiş ve «.Muhakemenin iadesi talebinin kabulü ve duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde mahkûm eski hüküm ile alâkasını katetmiştir. 341. maddede gösterilen ve yapılacak duruşma neticesinde mahkemenin evvelki hükmü tastik veya iptal etmesi ve esas hakkında yeniden karar vermesi meselenin şekle müteallik bir hususiyeti olup esas ile alâkalı değildir. Bundan başka 328. maddede iade talebinin yapılması ve bunun kabul edilmesi halinde gerek re'sen gerek talep üzerine infazın tehir veya tevkifine karar verilebileceğinin gösterilmiş olması, muhakemenin iadesi talebinin kabulünden sonra yeniden duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde infaza devam olunamayacağı ve bunun ipso jure tesir etmesi neticesi çıkmaktadır.» şeklinde hülasa edilebilecek olan sebeplerle infazın derhal duracağını benimsemiştir (12). Beyan edelim ki, bu telâkki tarzı mehaz kanununun esbabı mucibesinde de sarahatle belirtilmişti. Buna göre, muhakemenin iadesi talebi kabul edilip ve yeniden duruşma icrasına karar ve-

(11) JW. 1930 Cilt III/3448.

(12) Bu karar için bak. JW. 1931 Cilt III/2860.

rilirse, infaz kendiliğinden durur. Çünkü, 328. madde «Talep» halinde infazın tehir edilmeyeceğini göstermektedir. Bu hüküm ise yalnız «talep» haline münhasırdır. Şayet muhakemenin iadesi talebi kabul edildikten sonra da infazın tehirine karar verilebileceği istenmiş olsa idi, bunu kanun 328. maddede olduğu gibi sarahatle belirtirdi. Böyle bir hüküm olmadığına göre, duruşmanın icrası kararı infazı durdurur (13). Bugün eksei usul kanunlarında ve me haz hukukta muhakemenin iadesi talebinin kabulü ve duruşma yapılmasına mütedair verilen karar ile birlikte cezanın infazı ipso jure durmakta ve mahkûm serbest bırakılmaktadır. Ancak, bu şahsın mahkemenin eli altında bulunması lüzumlu ise veya tevkifini gerektirecek bir hal mevcut ise bu takdirde hakkında tutuklama kararı verilebilecektir (14). Avusturya kanununun 361/2 maddesi duruşmanın yenilenmesi ile birlikte eski hükmün berteraf edildiğini ve infazın tevkif olunacağını, şartları varsa failin tutuklanabileceğini sarahatle tesbit etmektedir (15). İsviçre hukukunda (16) ve Bulgar Ceza Muhakemeleri usulü kanununun 590 ve 591. maddelerinde de durum bu şekildedir. Muhakemenin iadesinin kabulü ve yeniden duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde sanığın derhal salıverilmesinin pratik bir tesiri de şuradadır ki, C. Savcısının geniş imkânlarına karşı yeniden yapılacak duruşmalarda kendisini gerektiği şekilde müdafaa edebilmek imkânına sahip olabilmesidir (17).

§ III — MUHAKEMENİN İADESİNDE DURUŞMA YAPILMADAN HÜKÜM VERİLMESİ

Muhakemenin iadesi talep olunup, bu talepte kanunda gösterilen usul safhalarından geçtikten sonra, hüküm tesis olunmak için kaide olarak duruşma yapılması gerekir. Ancak, kanunumuz iki halde duruşma yapılmadan da hüküm tesis edilebileceğini kabul etmiştir. (m. 339/1-2). Doktrinde bu muhakeme usulüne «İstisnai Muhakeme» (Ausnahmeverfahren), «Kısaltılmış Muhakeme» (Das abgekürzte Verfahren) veya «Basitleştirilmiş Muhakeme» (Das

(13) Hahn, I/263.

(14) Löwe-Rosenberg, 20/885.; Erbs, 313.; Binding, 274.

(15) Tlapek-Serini, 324.

(16) Andres, 81.

(17) Hentig, 208.

vereinfachte Verfahren) denilmektedir (1). Bu usulde duruşma yapılmayacağı için, muhakemenin iadesinin kabulü ve duruşma yapılmasına mütedair 338. maddenin 2. fıkrasına göre verilmesi gereken karara da lüzum yoktur (2). Tetkik ettiğimiz bu muhakemenin iadesi ancak mahkûmun lehine olarak talep edilebilir ve kanunumuzun sistemine göre yalnız beraete müteallik olabilir. Daha az bir ceza verilmesini gaye edinmiş bulunan muhakemenin iadesi bu usul içinde cereyan edemez; bunu gaye edinmiş bir muhakemenin iadesi talebi reddedilir.

I — Mahkûm vefat etmiş ise, hüküm duruşma yapılmadan tesis olunur.

Mahkûm vefat etmiş ise, mahkeme, yeniden duruşma yapmaksızın ve fakat icabında iktiza eden delilleri topladıktan sonra ya mahkûmun beraetine veya muhakemenin iadesinin reddine karar verir. Esasen muhakemenin iadesi mahkûmun vefat etmiş olması sebebiyle yapılmakta ise, kısaltılmış usul içinde neticelendirilmesi mecburidir. Mahkeme umumi iade usulünü burada herhangi bir sebeple tatbik edemez (3).

Kanunumuzun bu hükmü mehz Alman kanununun 371. maddesinin 1. fıkrasına tekabül eylemektedir. Mehz kanuna ise 11 Ağustos 1855 tarihli Saksonya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 397. maddesinin 2 ve 3. fıkralarının tesiri altında mebus Becker ve von Schwarze'nin teklifleri üzerine girmiştir (4). Bu hükmün muhakemenin iadesini tanzim eden fasıl içindeki yeri tenkit olunmakta, CMUK. nun 329. maddesi ile birlikte tanzim edilmesi teklif edilmekte (5), gerek muhakemenin iadesinin kabulü gerek kabule şayan olmaması, mahkûmun ölümü halinde hususiyet arzettiği, bu itibarla aynı mahiyet ve gayeye müteveccih olan hükümlerin bir arada bulunması gerekeceği fikri savunulmaktadır.

Duruşma yapılmadan hüküm tesis usulü, yeniden duruşma neticesinde verilecek hükme nisbetle farklıdır. Bu farklı usul, selâhiyetli şahsın muhakemenin iadesini talep edip, bu talebin de se-

(1) Neumann, 198, 199.; Stücker, 88.

(2) Belling, 437.; Aksi kanaatta olan müellifler de vardır. Isenbart-Samter, 363/not 46, Neumann, 199 not 1 den naklen.

(3) Neumann, 199.

(4) Hahn, I/1064. II/2312 ve 2313.

lâhiyetli mahkemeye gelmesinden itibaren başlar. Muhakemenin iadesi talebinin şekline riayet edilmemiş veya talepte bulunması gereken hususların mevcut olmaması halinde gerek yaşayanların gerek mahkûmun vefatı hallerine ait olan iade sebepleri aynı olup, talep kaide olarak bir karar ile reddedilir. Talep usule uygun olmadığı takdirde, mahkemenin bunu reddedeceğine, usulü eksikliklerin tamamlanmasını temin cihetine gitmesi tavsiye edilebilir. Eksikliklerin kolaylıkla izale edilebilmesinin bilhassa mümkün olması halinde, bu yola mutlâka gidilmelidir.

Yaşayanların muhakemenin iadesini talep etmeleri üzerine mahkeme, delilleri tetkik edecek, kanunda gösterilen usul safhalarından sonra duruşma icra edilecektir. Mahkûmun vefat etmiş olması halinde ise bu husus farklıdır. Duruşma yapılmayacağına göre, icabında iktiza eden deliller toplanacak, ya mahkûmun beraetine veya muhakemenin iadesi talebinin reddine karar verilecektir. Şu hal gösteriyor ki, mahkeme vazifesizlik kararını herhalde vermeyecektir. Muhakemenin iadesinin talep olunduğu ve talebi tetkik eden mahkeme, CMUK. nun 339. maddesinin ifade tarzı muvacehesinde, mutlak surette beraete veya iade talebinin reddine karar verecek olan mahkemedir (6). 339. maddeye göre yapılacak iade talebinin gayesinin yalnız beraete müteveccih olmasının şart olduğunu, yaşayanların iade taleplerinin ise daha hafif bir ceza tayinini de gaye edinebileceğine yukarıda temas etmiştik. Kanunumuzun bu hükmü tenkit edilmektedir. Gerçekten kanunumuzun böyle bir sistemi benimsemiş olması vefat eden mahkûmun mahkûmiyetten tamamen kurtulması suretiyle iadeyi itibar edebilmesinin mümkün olabileceğini, fakat daha hafif bir ceza ile cezalandırılmasının gaye edinildiği muhakemenin iadesinde, hukukun emniyeti mülâhazası ile vefat etmiş olanlar bakımından bu yolun açılmayacağı söylenebilir. Böyle bir sebebin, Ceza muhakemesine yabancı olduğu, bu itibarla vefat halinde duruşma yapılmadan mahkûmun beraetine hüküm verilmesinin Ceza Muhakemesi prensipleri ile bağdaştırılmasının zorluğuna temas edilmiştir. Gerçekten Ceza muhakemesinin bu şekil bir usul ile tesbit dâvasına konu yapıldığı, veya başka bir ifade ile ceza muhakemesine tesbit dâvası usulünün ithal edildiği ileri sürülmüştür. Müellifler (7) ceza muhake-

(5) Löwe-Rosenberg. 19/999.

(6) Knapp, 32.

(7) Knapp, 50.

mesinin bir tesbit dâvası olamayacağını, bünyesine tesbit dâvasının yabancı olduğunu belirtirler. Ancak bu halde bir kompromis hal tarzının teklif edilebileceği, bunun da hükme değil, hükme esas kabul edilen vakıaların tesbitine müteveccih ve inhisar edebileceği görüşüdür. Başka bir ifade ile belirtmek gerekirse, mahkûmun vefatı halinde muhakemenin iadesi ve müteveffanın beraetine hüküm tesis edilememeli, ancak mahkûmiyet hükmüne esas teşkil etmiş vakıaların hakikate uymadığı, ve yalnız bu maddî vakıaların tesbiti ile iktifa olunabilmelidir.

Mukayeseli hukukta vefat eden mahkûm hakkında dahi hafif bir cezanın verilmesini gaye edinen muhakemenin iadesi taleplerinin de yapılabileceğini görüyoruz. Meselâ, Avusturya CMUK. nun 353. maddesinin 2. fıkrasına göre mahkûmun ölmüş olması halinde gerek beraetine gerek daha hafif bir ceza ile cezalandırılmasına müteveccih muhakemenin iadesi talep olunabilmektedir.

Yaşayanlar için talep edilen muhakemenin iadesinde, iade şartlarının mevcut olup olmadığı tetkik edildiği halde, ölü mahkûm için yapılan iade usulündeki tetkikat, beraeti istilzam edecek şartların mevcut olup olmadığına dair olacaktır.

CMUK. nun 339. maddesi, mahkûmun ölümü halinde tatbik edilecek kaidelerin kâfi gelmediği ahvalde, yaşayanlar hakkında iade müessesesini tanzim eden hükümlerin uygun şekilde tatbik edilip edilmeyeceğine dair bir sarahatî ihtiva etmemektedir. Bunun tesiri bilhassa, iade talebi üzerine mahkemenin, kabule müteveccih bir karar verip vermeyeceği halinde görülür. Bazı müellifler (8) bu halde mahkemenin bir karar vermesini uygun bulurlar. Diğer bazıları ise bu halde mahkemenin muamelelerine devam etmesinin kâfi olduğu, ayrıca bir karar verilmesine lüzum olmadığı kanaatindedirler (9). Bu şekil düşünen müellifler CMUK. nun 351. maddesinin kıyasen tatbik edilmesini teklif etmek suretiyle, fikirlerini kuvvetlendirme çabasını gösterirler (10). C. Savcısının 31. maddeye göre mütalâasının alınması elbette ki şarttır (11). Ancak, C. Savcısının mütalâasını bildirmesi için mahkemece bir mehlin tesbit edilebileceği ve bu mehlin hitamından sonra icap eden sübut delillerinin mahkemece toplanabileceği kanaati da belirtilmektedir (12). Sübut delillerinin toplanması 339. madde ile 337. madde bakımından

(8) Löwe-Rosenberg, 20/894.

(9) Knapp, 33.; Schmidt, 1073.

(10) Knapp, 33.

farklıdır. 337. maddeye göre, mahkeme muhakemenin iadesini esas itibariyle kabul ederse, icabında delillerin toplanmasını bir naibe veya istinabe hâkimine havale edebilecektir. Halbuki, 339. madde, şayet mahkeme müçtemi hâkim sisteminde ise, hükmü verecek olan, yani hükme iştirak edecek olan bütün hâkimler delilleri toplayacaklardır; zira 337. maddede delillerin naip veya istinabe hâkimi tarafından toplanabileceği gösterilmiş isede, 339. maddede, yalnız «mahkeme» den bahsedilmektedir (13). Bu görüş, delillerin doğrudan doğruya telâkkisi esası ve duruşma yapılamaması sebebiyle kabul edilmesi gereken bir prensip olmaktadır. Deliller doğrudan doğruya hükme iştirak edecek olan hâkimlerin hepsi tarafından toplanmalıdır ki, duruşmanın yapılamaması sebebiyle, beraet hükmü delillerle doğrudan doğruya meydana gelen bir temas neticesi verilebilmiş olsun. Delillerin mahkemece telâkkisi sırasında muhakemenin iadesini talep edenin ve C. Savcısının da bulunup bulunamayacağı meselesi, CMUK. nun 337. maddesinin 3. fıkrasının ışığı altında, ilk tahkikat hükümleri tatbik edilmek suretiyle halledilmesi gerekirse de, bunun ihtiyaca ve talepte bulunanın menfaatine uygun olmadığı aşikârdır. Gerçekten ilk tahkikat sırasında yapılan delil telâkkisinde maznunun hakkı sınırlıdır. Bu itibarla 337. maddenin 3. fıkrası hükmünü mutlak mânası ile kabule imkân yoktur. Mahkûmun ölmüş olması halinde delil telâkkisi duruşmanın yokluğunu bertaraf edeceği için, muhakemenin iadesi talebinde bulunan şahsa ve C. Savcısına delil telâkkisi sırasında mutlak bulunabilme hakkı tanınmalıdır (14). Aksi fikirde olan müellifler de vardır (15). Bazı müellifler bu haktan feragatin mümkün olduğu kanaatındadırlar (16). Muhakemenin iadesini talep eden şahsın delil telâkkisi sırasında bulunabileceği kabul edilince, arzusu üzerine delil telâkkisi ve şahitlerin sorgusunun yapılacağı tarih önceden bildirilmelidir (17). Mahkeme delil telâkkisi sırasında mümkün olan her halde şahit ve bilirkişiyi yeminli dinlemelidir (18). Hatta CMUK. nun 55

(11) Löwe-Rosenberg, 20/894.

(12) Knapp, 33.

(13) Knapp, 33.

(14) Neumann, 205.; Henting, 256.; Löwe-Rosenberg, 20/899, Schmidt, k.073.; Knapp, 33.

(15) Walter, 49.

(16) Löwe-Rosenberg, 20/899.

(17) Neumann, 205.

(18) Bennecke-Beling, 609.; Mayer, 43.; Binding, 290.; Aynı mahiyette Alman Temyiz Kararı 29/64.

ve müteakip maddelerine göre, yeminsiz dinlenebilecek olanlara da yemin verilebilir; çünkü yukarıda temas ettiğimiz gibi, delil telâkkisi safhası, yapılmayan duruşmanın yerine kaim olmaktadır (19).

Mahkemece yapılan deil telâkkisi neticesinde, elde edilen deliller mahkûmun kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünü bertarafa müsait ve ölü mahkûmün beraetini icap ettirecek mahiyette ise, mahkeme 337. maddenin 4. fıkrasını tatbik edecek, muhakemenin iadesini talep eden şahsa ve C. Savcısına muayyen bir mehil vermek suretiyle mütalâa ve mülâhazalarını bildirmelerini isteyecektir. Bu muayyen mehlin geçmesinden sonra da mahkeme kararını verecektir.

Ölü mahkûmun derhal beraeti mümkün ise, muhakemenin iadesinin kabulü ve yeniden duruşma yapılmasına mütedair verilecek kararın yerine, duruşma yapılmadan mahkûmun beraetine karar verilecektir. Aksi halde, yani beraeti gerektiren sebepler yoksa, talep «iade talebinin isabetsizliğinden» dolayı reddedilecektir. Kanunumuz bu husus için 339. maddenin 1. fıkrasında «mahkûmun beraetine veya muhakemenin iadesinin reddine karar verir» şeklinde ifade tarzı kullanmıştır. Madde metninde «Karar» dan sözedilmektedir. Acaba mahkemenin gerek beraete gerekse talebin reddine dair verdiği karar mıdır, yoksa hüküm müdür? Meselenin tetkiki bilhassa mahkemedен verilen bu kararın hukukî bünyesi ve buna karşı gidilebilecek kanun yollarının seçilebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Meselenin daima tartışmalı olduğunu görüyoruz. Verilen kararın hüküm mahiyetinde olduğunu kabul eden müellifler (20), bu hususta şu sebepleri gösterirler: Mahkûm ölmüş olsa dahi mahkeme dâvanın maddî delillerini tetkik etmektedir. Hilâfına bir sarahat yoksa, maddî meseleleri neticeye bağlayan karar daima hükümdür. Evvelki mahkûmiyet hüküm olduğuna göre bir hükmün karar ile kaldırılması Ceza muhakemeleri usulü kanununa yabancıdır. O halde bu son verilen karar da hükümdür (21).

Alman Yüksek mahkemesi de verdiği kararlarda bu görüşü aksettirmiş ve mahkemelerin verdiği kararların hüküm olması ge-

(19) Löwe-Rosenberg, 2-/899.

(23) Gerland, 446.; Hentig, 19.; Knapp, 34.; Lucas, 394.; Walter, 67.; Ötker, GS. 65/453.; Knapp, 34 ve müt.

(21) Stückle, 92, 93.

rektiğini kabul etmişti (22). Mehzaz kanununun tadili hususunda yapılmış bulunan reform çalışmalarında da bu meseleye temas edilmiş, tasarılar da duruşma yapılmaya dahi mahkemelerin vereceği kararların hüküm olduğu belirtilmişti (23).

Diğer fikirde olanlar, yani mahkemenin meseleyi bir karar ile halledebileceği görüşünü savunanların ileri sürdükleri fikirler ise şunlardır: Duruşma yapılmadan mahkeme hüküm tesis edemez, burada da duruşma yapılmadığına göre mahkemenin vereceği karar, karar olacaktır. 339. maddede muhakemenin iadesinin kabulü veya talebin reddi hususunda bir tefrik yapılmamıştır. Böyle bir tefrik yapılmadığına göre mahkeme talebi bir karar ile reddedecektir. Öyle ise, muhakemenin iadesini kabul edip beraet kararı da verse bu bir karardır. 340 maddeye göre mahkeme iade talebinin kabulüne şayan olmadığını gördüğü takdirde reddedecek, ve bu red kararına karşı da acele itiraz yoluna gidilebilecektir. Öyle ise 339. madde sebebiyle verilen karar da bir karar niteliğindedir (24). Bizce, kanunumuzda bir tadil yapıp meselenin açıklığa kavuşturulması en iyi hal çaresidir. Ancak bu yapılmadığı takdirde, bugünkü durumda mahkemenin verdiği kararların hüküm olarak kabul edilmesi gerekir.

Delil telâkkisinin ölü mahkûmun kusurluluğunu tamamen bertaraf etmiş olması aranmamalı, kusurluluğu tayin eden sübut delillerinde açılan gedikler, mahkûmiyet hükmünü sarsacak ve ona şüphe ile bakacak bir durum yaratmış ise, derhal beraete karar verilmelidir (25).

339. maddenin 1. fıkrası hükmü mahkûmun ölümünden sonra, 329. maddenin 2. fıkrasında gösterilen şahıslar veya C. Savcısı tarafından yapılan iade taleplerinde olduğu gibi, mahkûm iade talebinde bulunduktan sonra ölmüş olması halinde selâhiyetli şahısların muhakemenin iadesi usulüne devam ettikleri ahvalde de kabili tatbiktir (26). İade talebi mahkûm tarafından yapıldıktan sonra vuku bulan vefat halinde, 329. maddenin 2. fıkrasında gösterilen şahısların iade taleplerinde olduğu gibi, mahkûm iade talebinde bulunduktan sonra ölmüş olması halinde selâhiyetli şahısların muhakemenin iadesi usulüne devam ettikleri ahvalde de kabili tatbiktir (26).

(22) Alman Temyiz Kararı. 28/148; 47/169.

(23) Neumann, 206 not 30.; Stücker, 93.

(24) Graf zu Dohna, 212.; Löwe-Rosenberg, 20/900.; Henkel, JZ. 1956/502.; von Kries, 714.; Glaser, II/543.; Rosenfeld, 269.; Bennecke, 787.

(25) Schmidt, 1073.; Neumann, 199.

(26) Löwe-Rosenberg, 20/899.; Scymidt, 1073.

hıslar tarafından iade usulüne iştirak edilmemiş ise, muhakemenin iadesi sona erer. Hattâ iade talebi kabul edilmiş ve duruşma yapılmasına karar verilmiş olsa dahi durum aynıdır (27). Bazı müellifler bu halde tatil kararı verilmesi gerekeceği fikrindedirler (28).

339. maddenin 1. fıkrası, mahkûmların birden fazla olmaları halinde, ölen mahkûm hakkında da tatbik edilir (29). Şahsî dâva yolu ile takip olunan bir işte, mahkûmun muhakemenin iadesini talep ettikten sonra ölmesi, 339. maddenin tatbikine mâni değildir (30).

II — Sair hallerde dahi mahkeme bu hususta delil varsa yine duruşma yapmaksızın mahkûmun derhal beraetine karar verebilir.

Bu, duruşma yapılmaksızın mahkûmun beraetine karar verilmesi halinin ikinci şekli olup, hayatta olan bir mahkûm duruşma yapılmadan beraet ettirilebilmektedir. Madde metninden de (m. 339/2) anlaşılacağı gibi, bu usul mahkûmun vefatı halinde mecburi olduğu halde, hayatta olan mahkûm hakkında ihtiyaridir ve mahkemenin takdirine aittir (31). Kâfi delil varsa duruşma yapılmadan «derhal» mahkûmun beraetine karar verilecektir. Kanunumuzun kabul ettiği «derhal» kelimesini iade talebinin kabulü ve derhal karar tesis edilmesi şeklinde anlamalıdır (32). Esasen kanun koyucu mevcut hatalı bir hükmün derhal bertaraf edilmesini istemiş ve bu sebeple de iadei muhakemenin kabulünden sonra duruşma yapılmasına lüzum hasıl olmadan mümkün olan çabuklukla mevcut hükmün bertaraf edilmesini arzulamıştır. İade talebinde bulunan mahkûm, muhakemenin iadesinin normal usul içinde cereyan etmesini arzu etmiş olsa dahi, şartlarının mevcudiyeti halinde, bu talep ile mahkeme bağı olmayarak duruşma yapmadan derhal karar verebilecektir. Bahis konusu dâva amme dâvası ise C. Savcı-

(27) Schmidt, 1073.; Löwe-Rosenberg, 20/899.

(28) KMR, 587.

(29) Löwe-Rosenberg, 20/899.; Schmidt, 1073.; Schwarz, 16/455.; Mayer, 43; Alman Temyiz Kararı, 10/423.

(30) Bu hususta Alman mahkemeleri tatbikatında birlik yoktur. Stuttgart mahkemesi kabul ettiği halde, Dresden mahkemesi kabul etmemiştir. Bk. Löwe-Rosenberg, 20/899.

(31) Stücker, 90.; Neumann, 200.

(32) Hentig, 259.

sının muvaffakati istihsal edilmelidir. Ancak bu halde duruşma yapılmasından sarfınazar edilebilir. Demek ki, mahkûm aleni duruşmada beraet etmek istese dahi, şartlarının mevcudiyeti halinde, mahkeme bu imkânı mahkûma vermeyebileuektir. Kanunumuzun bu hükmü tenkit olunmakta (33) ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda hâkim olan şifahilik, delillerin aleni duruşmada tetkik ve telâkkisi gibi prensipleri zedelediği ifade edilmektedir. Beraet eden mahkûmun durumunun resmî gazete ile veya mahkemenin tensibine göre diğer gazetelerle ilân edilmesi, aleni duruşmada elde edeceği beraete nisbetle çok daha zayıf olduğu da belirtilmektedir. Ancak, hatalı hükmün derhal bertaraf edilmesi gerekeceği esbabı mucibesi, yapılan bu tenkidin şiddetini hafifletmektedir. Mehz Alman kanununun tatbikatı sırasında Prusya Adliye Vekâleti, bu hükmün tatbikine mani olmak istemişti (34). Hal böyle olmakla beraber, Alman tatbikatında duruşma yapılmadan beraete karar verildiği hallerin pek çok olduğunu görüyoruz. Mahkûmun lehine talep edilen 1000 muhakemenin iadesinde Alman mahkemeleri 1881-1885 seneleri arasında 418, 1886-1890 seneleri arasında 411, 1891-1895 seneleri arasında 445, 1896-1900 seneleri arasında 411, 1901-1905 seneleri arasında 423, 1906-1910 seneleri arasında 432, 1911 senesinde 406, 1912 senesinde 455, 1913 senesinde 398 dâvada derhal beraete karar vermiş olduklarını Hentig (35) nakletmektedir.

Derhal beraete karar vermek mahkemenin takdirine ait bir husus isede, 339. maddenin ancak bazı şartların gerçekleşmiş olması halinde tatbik kabiliyeti olduğunu da belirtmek gerekir. Bu şartlar: Evvelâ, dermeyan olunan delillerin yeniden duruşma yapılmasını fuzuli telâkki ettirecek derecede olması lâzımdır. Bundan başka, verilecek kararın yalnız beraete müteveccih olması gerekir. Niha-yet, C. Savcısının duruşma yapılmamasına ve derhal beraete karar tesisini talep etmesi lâzımdır. Ancak bu şartın aranması için bahis konusu olan dâva amme dâvasının açılması suretiyle vuku bulmuş olması icap eder. C. Savcısının bu husustaki muvaffakatını vermesi halinde mahkeme işi 341. maddeye göre halletmek mecburiyetindedir (36). Bahis konusu olan dâva amme dâvası değilse, şah-

(33) Hentig, 259.; von Kries, 714 not 2.; Löwe-Rosenberg, 20/900.

(34) Prusya Adliye Vekâletinin bu yazısı için bakınız. Hentig, 260 not. 1. vb

(35) Hentig, 261.

(36) KMR. 587.; Mayer, 44.

si dâva yolu ile takip olunan bir iş ise, bu takdirde C. Savcısının yerine şahsî dâvacının muvaffakatının alınmasına ihtiyaç yoktur (37). Bu halde C. Savcısının şahsî dâvayı üzerine aldığını ve bu sebeple vermediği muvaffakatı sebebiyle duruşmasız hüküm tesis edilemeyeceği hususundaki beyanları da önemsizdir (38). Müdahil dâvacı için de aynı şekilde düşünmek gerekir (39). Aksi kanaatta olup müdahil dâvacının da muvaffakatının aranması gerekeceği fikrini müdafaa edenler de vardır. Ancak, bu görüş, Savcı ile müdahilin fonksiyonlarının aynı olmadığı ve savcının muvaffakatını vermesi veya vermemesinin takdirine taallük ettiği, fakat müdahil dâvacının takdir hakkından bahse imkân olmadığı gerekçesi ile tenkit olunmaktadır (40).

339. maddenin 2. fıkrasının tatbikine belirttiğimiz şu haller misal olarak gösterilebilir: İşlenmiş olan suç, hükümden önce müruru zamana uğramış ise (41), mahkûmiyet diğer bir hükme istinat ettirilmiş ise (42), şahidin yalan beyanda bulunduğu bir kesin hüküm ile anlaşılmiş ise (43), mahkûmun akıl hastası olduğu tebeyün etmiş ise (44), gerçek fail aynı fiilden dolayı kesinleşmiş bir hüküm ile mahkûm olmuş ise (45).

III — Beraet kararının neticeleri

Duruşma yapılmadan karar verilmesi halini inceleyen etüdümüzde, beraet kararının neticelerinin de gözden geçirilmesi gerekir. Esasen bu husus 339. madde tesbit de edilmiştir (46).

(37) Löwe-Rosenberg, 20/900.; von Kries, 714.; Mayer, 44.

(38) Neumann, 201.

(39) Hentig, 153.; Rosenfeld, 160.; Neumann, 201.; Mayer, 44.

(40) Neumann, 201, not 12.

(41) Löwe-Rosenberg, 20/900.; KMR, 587.

(42) Löwe-Rosenberg, 20/900.; KMR, 587.; Mayer, 44.

(43) Löwe-Rosenberg, 20/900.; KMR, 587.; Schmidt, 1074.; Mayer, 44.

(44) Löwe-Rosenberg, 20/900.; KMR, 587.

(45) Schmidt, 1074.

(46) Muhakemenin iadesi talebinin kabulü ve mahkûm hakkında mahkemece verilen beraet kararının tesirleri yalnız CMUK. nun 339. maddesinde gösterilmemiştir. Çok geniş tesirleri olabilen bu kararı bütün ayrıntıları ile incelemek tetkik konumuz dışındadır. Bu hususta geniş bilgi için Gebser, Über die Wirkungen der Freisprechung im wiederaufgenommenen Verfahren, Tübingen Doktora Tezi 1902, isimli esere bakılmalıdır.

Mahkeme beraet kararını verince, aynı zamanda eski hükmü de kaldıracaktır. (md. 339/4). Muhakemenin iadesi talebinde bulunan şahıs isterse, masrafı hazineye ait olmak üzere, evvelki hükmün iptali Resmî Gazete ile ilân olunacağı gibi, mahkemenin tenzibine göre diğer gazetelerle de ilân edilebilecektir. Bilhassa suç sebebiyle gazetelerde neşriyat yapılmış veya suç olarak kabul edilen fiilde neşir bir unsur olarak mevcut bulunmuş ise, beraet kararının gazetede ilânı gereklidir.

Beraet kararının gazetede ilânı, 339. maddenin hususiyeti icabı, icra edilmeyen aleni duruşmanın yokluğunu ve mahkûmun zedelenen itibarını umumi efkâr önünde iade etmek gayesine müteveccihdir (47). Bu sebeple 339. maddenin son fıkrasındaki beraet kararının ilân edileceği hükmünü, yalnız 339. maddeye göre verilen beraet kararları için kabul etmek gerekir. Yoksa, umumi ve normal usul içinde muhakemenin iadesinin kabulü ve yeniden yapılan duruşma neticesinde verilen hükümler hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz (48). Bu görüş Alman Yüksek mahkemesinin tatbikatına da esas teşkil etmiş ve 339. maddenin 5. fıkrasının yalnız 339. maddenin 1 ve 2. fıkraları sebebiyle verilecek beraet kararlarında uygulanabileceği kabul edilmiştir (49). Hukukumuzda Kunter (50) 339. maddenin bu hükmünü mahkemenin verdiği bütün beraet kararları ve hükümleri için (md. 339 ve 341) kabul etmektedir.

İlân edilecek husus, eski hükmün iptal edildiğidir, yani eski hükmün hüküm fıkrasının iptal edildiğidir (51). Ayrıca hükmün esbabı mucibesinin de ilânı şart değildir. Hükmün iptali neticesi bunun bazı neticelerinin de berterafı bahis konusu ise, bunların da gösterilmesi lâzımdır (52). İlân için kanun herhangi bir müddet göstermemiştir, bu itibarla her zaman yapılabilir (53). Ancak bunun için verilmiş bulunan beraet kararının kesinleşmiş olması lâzımdır (54).

(47) Neumann, 207.

(48) Löwe-Rosenberg, 20/901.; Schmidt, 1075.; Erbs, 322.; Kohlrausch, 24/359; Schwarz, 16/455.

(49) RG. 42/116. 3. CD. 14.12.1908.; JW. 1931/1099. RG: 3: CD: 18.12.1930.

(50) Kunter, 653.

(51) Knapp, 36.

(52) Knapp, 36.

(53) Löwe-Rosenberg, 20/901.

(54) Löwe-Rosenberg, 20/901.

§ IV — MUHAKEMENİN İADESİNİN SAFHALARI VE YENİDEN YAPILAN DURUŞMA NETİCESİ VERİLECEK HÜKÜM

I — Muhakemenin iadesinin safhaları

Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuz, muhakemenin iadesinin birbirinden müstakil bazı kısımlar içinde cereyan ve inkişaf edeceğini kabul etmiştir. Geniş mânâda bu kısımlar esas itibariyle iki safhadır (1). Bunlardan birinde muhakemenin iadesinin kabule şayan olup olmadığı ve ileri sürülmüş bulunan sebeplerin muhakemenin iadesini temine yeterli bulunup bulunmadığı incelenir, diğerinde ise kabul edilmiş bulunan iadenin muhakemesi yapılır. Bu iki kısmın birbiri ile olan münasebetinde, ilk bölüm hakiki mânâda muhakemenin iadesi usulüdür ve buna «esas muhakemenin iadesi muhakemesi» denilmek suretiyle karakterize edilmesi mümkündür (2). İkinci kısım, yani kabul edilmiş bulunan muhakemenin iadesinden sonra icra edilen yeni duruşma safhası, ilk hüküm sırasında yapılandan tamamen müstakildir ve sanki iadesi kabul edilmiş olan dâvanın ilk defa muhakemesi yapılıyormuş gibi hareket edilmesi icap edecektir (3). Bu sebeple, muhakemenin iadesinin kabulünden sonra yapılan muhakeme safhası, tetkikimiz bakımından fazla bir hususiyet arzetyecek, bu itibarla yeri geldikçe ve esasları içinde temas etmekle iktifa edeceğiz. Bu kısımlardan birincisi ile ikincisi arasındaki münasebet bazı müelliflerce şu şekilde belirtilir: Birinci safhada muhakemenin iadesi hakkında karar verilir, ikinci safhada ise, iade kabul edildiği için, esas mesele hakkında hüküm tesis olunur (4).

Muhakemenin iadesinin kabul edilip edilmeyeceğini teşkil eden birinci safha da iki kısım içinde inkişaf edecektir. Birinci kısmında, muhakemenin iadesinin kabule şayan olup olmadığı tetkik edilecek, kanunun şekil şartlarına riayet edilip edilmediği araştırılacak, diğer ve ikinci kısımda ise, yani muhakemenin iadesi talebinin netice üzerindeki tesislerinin tetkik edildiği veya iade sebebinin incelendiği safhada ise, iade talebi hakkında kat'i karar tesis edilecektir.

(1) Gerland, 441.

(2) Anders, 77.; Neumann, 160.

(3) Rosenfeld, 267.

(4) Gerland, 444.

A — Birinci safha

Muhakemenin iadesinin bu ilk safhası, çeşitli şekillerde isimlendirilmektedir. Kunter (5) «dâvanın kabule şayan olup olmadığı»nın araştırılması safhası» der. Erem (6) ise «Duruşmasız inceleme» safhası olarak isimlendirir. Bizce bu kısım «Tetkik safhası» olarak belirtilmelidir.

Bu safhada, talep olunan muhakemenin iadesinin kabule şayan olup olmadığı hususu tetkik edilecektir. Yapılacak tetkikte şu üç husus önemlidir. a — Muhakemenin iadesi talebi usulüne uygun olarak yapılmış olmalıdır (m. 334/2, 335), b — Muhakemenin iadesi talebinin kabul edilebilmesi için, kanunda gösterilmiş bulunan sebeplerden (m. 327, 330) bir tanesinin derpiş edilmiş olması lâzımdır, c — Nihayet, iade sebebini mücerret olarak teyid edebilecek derecede delillerin de serdedilmiş olması gerekecektir. Ancak belirtelim ki bazı müellifler, tetkik şıklarını daha da fazlalaştırmaktadırlar. Bunlara göre (7) mahkemenin yapacağı tetkiklerin şu hususlara müteveccih olması gerekmektedir: a — Mahkemenin vazifeli olması, b — Mahkemenin selâhiyetli bulunması, c — Muhakemenin iadesi talebinde bulunan şahsın selâhiyetli olması, d — Talebin muayyen şekle riayet edilerek yapılmış olması, e — Muhakemenin kesin hüküm ile neticelenmiş olması, f — Muhakemenin iadesi sebeplerinden bir tanesinin gösterilmiş bulunması, g — Elverişli sübut delillerinin gösterilmesi, h — Şayet muhakemenin iadesi işlenmiş bir suç sebebiyle talep edilmekte ise, bu halde 332. maddenin şartlarının da gösterilmesi.

Bütün bu hususları ihtiva eden muhakemenin iadesi talebi usule uygundur. Aksi halde mahkemenin mevcut talebi şekil noktasından ve eksikliklerin tamamlanması için reddetmesi gerekecektir. İade talebindeki eksikliklerin ehemmiyetsiz olması veya başka bir ifade ile telâfisinin mümkün bulunması halinde mahkemenin ne şekilde hareket edebileceği takdirine kalmıştır. İlk ihtimale göre, talebi iade talebinin kabule şayan olmaması sebebiyle reddetmesi mümkündür. Diğer ihtimal ise, mahkeme talebi şekil noktasından reddederken, eksikliklerin muayyen bir müddet içinde tamamlanmasına ve bu müddet içinde tekrar talepte bulunulmasına karar

(5) Kunter, 649.

(6) Erem, 36.

(7) Lange, 181 not 872.; Neumann, 140 not 13 ten naklen.

verebilir mi? Bazı müellifler mahkemenin mehil tesbitine selâhiyetli olmadığı kanaatındadırlar (8). Bizim de iştirak ettiğimiz diğer fikre göre, mahkemenin böyle bir selâhiyetini kabul etmek gerekir (9). Esasen, talepte bulunan şahıs red kararından sonra aynı sebeple tekrar iadei muhakeme talebinde bulunabileceğinden, eksiklikleri sebebiyle talep reddedilmeyip tamamlanmak üzere talepte bulunana mehil verilmesi usul kanunumuzun sistemi icabı olduğunu zannediyoruz. Hattâ, talepte bulunan vaki talebindeki sebeplerin genişletilmiş bir mucip sebebini mahkemeye tevdi etmek talebinde bulunmuş ve bunun için de bir mehil talep etmiş ise, muayyen bir mehil verilerek istegün yerine getirilmesi maslahata uygundur. Muhakemenin iadesi talebinde gösterilmiş bulunan delillerin, muhakemenin iadesi sebebini isbata elverişli olup olmadığını mahkeme serbest takdir hakkını istimal ederek değerlendirecektir (10). Mahkeme, delillerin bu vasfı haiz olup olmadığı hususunda tereddüt içinde ise, talebin reddi cihetine gitmeyecek, birinci kısmın ikinci safhasında yani 337. maddeye göre yapılacak tetkikat sırasında bu hususa mütedair kat'i kanaat sahibi olmaya çalışacaktır (11).

336. maddenin 1. fıkrasındaki «sübut delilleri» ni, 327. maddenin 5. fıkrasındaki sübut delillerinden tefrik etmek gerekir (12). 336. maddedeki «...bunu teyit edebilecek sübut delilleri...» nden maksat, sahte vesika, hakikât hilafı yeminli şahadet veya hâkimin suiistimali hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmüdür veya hukuk mahkemesi hükmünün diğer ve kesinleşmiş bir hüküm ile kaldırıldığına dair ilâmdır. 327. maddenin 5. fıkrasındaki yeni vakıa veya deliller ise, esasen muhakemenin ilk safhasında kat'i surette tesbite müsait olmayan nisbî mahiyet arzeden delillerdir. 336. madde hem kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerine taallük eden delilleri hem de nisbî mahiyet arzeden delilleri ihtiva eder şekilde anlaşılmalıdır (13).

İade usulünün bu ilk safhasında ikame olunan delillerin yalnız şekil bakımından tetkik olunabileceği neticesine, 337. maddenin

(8) Anders, 70.

(9) Walter, 45.; Hentig, 227.; Neumann, 140.; Gerland, 443.; Bennecke-Beling, 605 not 4.; Knapp, 32.; Löwe-Rosenberg, 20/894.; KMR, 582.

(10) Neumann, 141.

(11) Neumann, 141.

(12) Hentig, 224.

(13) Hentig, 224.

1. fıkrası muvacehesinde de varmak gerekir (14). İkame olunan veya mevcudiyeti iddia olunan delil veya vakıa mahkemece, evvelâ yeni olup olmadığı noktasından, daha sonra yalnız veya dosya münderecatına göre, iadenin diğer safhalarında failin beraetini veya daha hafif bir ceza ile tecziyesine imkân verebilecek mahiyette olup olmadığı şeklen incelenecektir. Yoksa, iade talebinde sebep olarak gösterilen hususların isbat edilmiş olduğu veya isbat edilmemiş bulunduğu araştırılmayacaktır (15).

İadenin bu ilk safhasında mahkemenin delil telâkkisine de selâhiyetli olmadığını kabul etmek gerekir. Muhakemenin iadesi mevzuunda hangi sebepler gösterilmiş ise, iadenin bu ilk safhasında mahkeme, gösterilen sebepler ile bağlıdır. Bunun dışındaki sebepleri re'sen tetkik edemez (16). Ancak, mahkemenin bazı tahkik işlerine tevessül edebilme imkânından mahrum olduğu da kabul edilemez. Meselâ, mahkeme iadei muhakeme talep edilen hükme esas olan bilirkişi raporu, hükme hülâsa olarak dercedilmiş ise, bu bilirkişiden, muhakemenin iadesi sebebi olarak ileri sürülen hususun raporunda mevcut bulunup bulunmadığını veya bütün bu hususların raporunu tanzim ederken kendisince bilinip bilinmediğini sorabilir (17). Yine mahkeme, polis marifetiyle tahkikata da tevessül edebilir (18), fakat yapılan bu tahkikatın neticesi mahkemece verilecek karara esas teşkil edemez; zira 337. madde hükmü muvacehesinde başka şekilde düşünmek te mümkün değildir.

Burada hemen şu hususu belirtelim ki, muhakemenin iadesi talebinin bu ilk safhasında 335. maddenin 2. fıkrasına göre gizlilik kaidesi hâkimdir.

Mahkemenin yaptığı tahkikat iki husustan birisi ile neticelenecektir. Birinci halde muhakemenin iadesi talebi kanunda gösterilen şekilde dermeyan edilmemiş yahut bunları teyid eyleyecek sübut delilleri ikame olunmamıştır; bu takdirde mahkeme iade talebini «kabule şayan olmamasından» dolayı reddedecektir, veya

(14) Hentig, 226.

(15) Walter, 44.

(16) Peters, 540.

(17) Bu husus Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesince 18.10.1916 tarihli bir karar ile tatbik edilmiştir. Bak. Hentig, 227 not 2.

(18) KMR, 581.

ikame olunan kanuni sübut delilleri usulüne uygun olarak dermeyan edilmiştir ve bu takdirde «talebin kabule şayan» olduğuna dair bir karar verilecektir. Bu ifade tarzımız göstermektedir ki, iadenin bu ilk safhasında gerek kabul gerek red şekli bir karar ile sona ermelidir ve bir kararın lüzumlu olduğunu benimsemekteyiz (19). Ancak bu karar muhakemenin iadesinin diğer safhası bakımından mahkemeyi bağlamaz isede, ilk safha bakımından bağlayacaktır. İadenin kabule şayan olduğu kararı acele itiraz üzerine veya itiraz müddetinin geçmesi sebebiyle kesinleşirse, mahkeme bunu vereceği diğer bir karar ile kaldıramaz (10). Aksi kanaatta olan müelliflerin de bulunduğunu belirtelim (21). Yukarıda belirttiğimiz gibi mahkemenin iade talebinin bu safhasını kabule dair verdiği karar, diğer safhalar bakımından kendisini bağlayıcı tesiri yoktur (22). Bazı müellifler ise iadenin kabulü halinde mahkemenin bir karar vermesine lüzum olmadığı kanaatındadırlar (23).

İade talebinin kabule şayan olduğu kararı verildikten sonra bu kararın, kanunun ifade tarzına göre, hasım tarafa bir mehil tayin edilerek tebliği gerekecektir (m. 336/2). Bu hükmün tatbik edilebilmesi için, mahkemenin önce kabul kararı vermiş olması şarttır. Karardan önce böyle bir tebligat yapılamaz. Beyan edelim ki, kanunumuzun kullandığı «hasım» kelimesini daima «mahkûm» şeklinde anlamak gerekir ve muhakemenin iadesi talebi C. Savcısı tarafından yapıldığı takdirde tatbik edilebilen bir hüküm olduğu da kabul edilmelidir. Çünkü muhakemenin iadesi mahkûm tarafından talep edilmiş ise, esasen 31. madde mucibince, iadenin bu safhasında da karardan önce C. Savcısının yazılı veya sözlü mütalâası alınacaktır. Bu sebeple, bu halde işi tekrar C. Savcısına tebliğe ve bir diyeceği varsa tayin edilen mehil içinde bildirmeye davete lüzum olmayacaktır. Ancak, bazı müellifler (24) C. Savcısı karardan önce dinlenmiş olsa dahi, kararın Savcıya bildirilmesi gerekeceği kanaatındadırlar. Hasım tarafa iadenin kabule şayan olduğu kararı, iade talebi ile de bildirilebilir. Bu karar karşısında 340. maddeye göre acele itiraz hakkı mevcut olması sebebiyle, hasım taraf bir

(19) Hippel, 619.; Löwe-Rosenberg, 20/894.; Peters, 541.; RG. 35/352.

(20) Kries, 713.

(21) Gerland, 444.; Bennecke-Beling, 606.

(22) JW. 1929/1073.

(23) Kries, 713.; Beling, 435.

(24) Neumann, 146.

diyeceği varsa bu hususu bildireceği gibi, bu bildirme ile birlikte itiraz hakkını da istimal edebilecektir (25). Mahkeme vereceği mehli serbestçe takdir edecektir. Ancak 304 madde sebebiyle müddet bir haftadan daha az olarak tayin edilmemelidir (26). Hasım taraf diyeceğini bildirmek veya daha sonra yapacağı delil ikamesi taleplerine mesnet olacak bazı hazırlık hareketlerine ihtiyacı olabilmesi sebebiyle, mahkemenin tayin ettiği mehli uzatmasını isterse, bu talebin kabulü cihetine gidilmelidir (27).

Tetkik ettiğimiz 336. maddenin 2. fıkrası hükmüne riayet edilmiş olması, hüküm bu hususa dayanmadıkça, bir temyiz sebebi olmaması gerekir (28).

Hasım tarafın tayin edilecek mehil içindeki beyanı veya ikame edeceği delil veya vakıalar veya bunların tetkik ve tesbiti talebi herhangi bir şekle tâbi değildir (29). Bu sebeple hasım taraf, istediklerini yazılı olarak bildirebileceği gibi, bir zabıt tutulmak üzere mahkeme kalemine de beyanda bulunabilir. Bu bildirmede, muhakemenin iadesi talebinde mevcut iddiaları çürütmek için yeni vakıa veya deliller dermeyeran olunabilir. Hattâ, hasım taraf iadenin kabule şayan olduğu kararının da, gerek ileri sürdüğü gerek mevcut deliller ile mesnetsizliğini isbata çalışabilir. Hasım taraf kendisine verilen mehil içinde herhangi bir talepte bulunmamış ise, bu hareketsizlik muhakemenin gidişine bir tesir yapmaz. Mühlet geçtikten sonra da yapılan bildirmeler mahkemece nazara alınmalıdır (30).

Kanunumuz bu ilk safhada savcı ile hasım taraf arasındaki silâh eşitliğine riayet etmemiştir. Savcılık ilk safha kapanmadan evvel dosya münderecatından haberdar olduğu halde, hasım taraf ilk safhanın kapanmasından sonra verilen kararı müteakip mesele hakkında malûmat sahibi olabilmektedir. Hasım taraf ve savcılığın bu farklı muameleye tâbi tutulmasının gerekçesi şudur: Muhake-

(25) Neumann, 146.

(26) Walter, 46.; Neumann, 146.

(27) Binding, 288.; Ullmann, 33.

(28) Löwe-Rosenberg, 20/894.

(29) Löwe-Rosenberg, 20/894.; KMR, 582.

(30) Neumann, 147.

menin iadesi talep olunmuştur ve talep mevzuunda da çeşitli sebepler ileri sürülmüş olabilir. Mahkeme ileri sürülen bu sebeplerin şekil itibariyle kanuna uygun olup olmadığı hususunu tetkik ettiği bu safhada, hasım tarafın durumdan haberdar olması ehemmiyeti haiz olmayacak, fakat ilk safhayı kapayan karardan sonraki durum, mahkemenin muayyen istikametteki tutumunu da belirtmesi sebebiyle, hasım taraf için netice üzerinde müessir bir husus olacaktır (31). Ancak, kanunumuzda sarahatle tesbit edilmiş bulunan bu husus, bazı müelliflerce tenkit edilmekte mahkemenin karardan önce dahi, hasım tarafın muayyen bir mehil tayin edilmek suretiyle mütalâasının alınmasının, tesis edilecek karar bakımından lüzumlu olduğu kanaatını beyan etmektedirler (32).

Muhakemenin iadesi 327. maddede gösterilen vakıalar sebebiyle talep edilmiş ise, mahkeme bunlardan bazılarını kabul diğer bazılarını reddedemez. Red veya kabule mütedair karar iade sebeplerinin bütününe şamil olmalıdır (33). İade talebinde bulunan şahıs, daha sonra bazı iade taleplerinin tetkikinden feragat edebilir ve bu takdirde mahkeme feragat edilen bu hususları tetkik edemez (34).

B — İkinci safha

Talep olunan muhakemenin iadesinin ilk, yani kabule şayan olduğu safhası bir karar ile bittikten sonra, ikinci safha başlayacaktır. Elbette bunun için verilen kararın kesinleşmiş, yani acele itiraz müddeti geçmiş olmalıdır. Biz bu safhaya «delillerin sıhhatinin değerlendirilmesi safhası» diyoruz. Kunter (35) bu safha için eserinin ilk basısında «ön soruşturma safhası» ikinci basısında ise «ilk soruşturma safhası» demektedir. Yukarıda beyan ettiğimiz gibi bazı müellifler (36) birinci ve ikinci safhayı birbirinde tetkik etmeleri sebebiyle, bu kısım için de «duruşmasız inceleme safhası» demektedirler. Kanaatımızca bu safhanın «ön soruşturma safhası»

(31) Giehl, 34.; Walter, 46.

(32) Bennecke-Beling, 605 not 4.; Löwe-Rosenberg, 19/992.; Hatta Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi de bu fikre mütemayıldır. RG. 35/356.

(33) Bavyera Yüksek Mahkemesi Kararı, JW. 1929/1491.

(34) Löwe-Rosenberg, 20/894.

(35) Kunter, I/650, II/771.

(36) Erem, 36.

veya ilk soruşturma safhası» veya «duruşmasız inceleme safhası» şeklinde isimlendirilmesi çeşitli bakımlardan hata tevlide müsaittir. Ön soruşturma veya ilk soruşturma safhası şeklinde isimlendirdiğimiz takdirde ilk tahkikat hükümlerini tatbik etmek gerekebilecektir. Halbuki kanun koyucunun burada mutlak surette ilk tahkikat hükümlerinin tatbikini istediği ileri sürülemez. Meselâ, 143. maddeye göre müdafinin dosyayı mahdut mahiyette tetkik hakkı burada uygulanamaz. Müdafî bu safhada dosyayı bütünü ile tetkik edebildiği gibi (37) 135. maddeye göre maznunun sorgusunun da yapılması şart değildir (38). Duruşmasız inceleme terimi de renksizdir. Çünkü bu terim, iadenin kabule şayan olup olmadığı kısmını, sebeplerin sıhhatinin değerlendirilmesi kısmından tefrik etmemektedir. Halbuki bu iki kısım arasında mahiyet bakımından fark olduğu gibi, inşa edilmiş şekilleri itibariyle de farklılık vardır (39). Bu itibarla kanaatimizce en uygun terim, iade talebinin sıhhatinin kontrolü olması dolayısıyla buna, «Değerlendirme safhası» demek mümkündür.

Mahkeme muhakemenin iadesi talebini kabule şayan telâkki ettikten ve bu hususa mütedair kararını verip bunu hasım tarafa bir diyeceği olup olmadığını bildirdikten ve buna dair cevap da alındıktan veya tesbit olunan müddet cevapsız geçtikten sonra, muhakemenin iadesi talebinin kabulünden ve yeniden duruşma yapılması kararının tesisinden evvel (m. 338/2), delil telâkkisinin lüzumlu olup olmadığı hususunu da tetkik edecek, yine bu safhada iade talebinde gösterilen husus ve sebeplerin muhakemenin iadesini icap ettirecek mahiyette olup olmadığına müteveccih olarak bunların sıhhat derecesi kontrol edilecektir. Bu safhada mahkemenin yapacağı delil telâkkisi, delillerin mevcut fiili durumuna göre icra edilecek, ve muhakemenin iadesi sebebi olup olamayacağı hususu araştırılacak, bu kuvvette iseler, duruşma yapılması cihetine gitmeyi gerektirir mahiyette olup olmadığı tesbit olunacaktır (40).

Şu ifade tarzımız gösteriyor ki, delil telâkkisinin gayesi, bahis konusu hususun kat'i bir şekilde aydınlanması değil, yani failin kusurlu veya kusursuz olduğunun tesbitine müteveccih olmayacak.

(37) Löwe-Rosenberg, 20/896.; Schwarz, 16/453.

(38) Neumann, 155 not 37.

(39) Desbiolles, 52.

(40) Neumann, 148.

yalnız talepte ileri sürülen hususların kâfi derecede tatmin edebilip edemeyeceğini tayine müteveccih olacaktır (41).

Kanunumuz birinci safha sonunda verilen karar kesinleştikten sonra «icabında» delil telekkisi cihetine gidilebileceğini belirtmek suretiyle, bu hususu mahkemenin takdirine hıramaktadır (42). Bazı kanunlar, meselâ Avusturya CMUK. 357. maddesinin 2. fıkrasında, bu halde hâkimi serbest bırakmamış, mutlak surette sorgu hâkimi vasıtası ile delil telâkkisi cihetine gitmesi şeklini kabul etmiştir. Kanunumuz hâkimi serbest bırakmıştır ve 337. maddenin 1. fıkrasını, hâkimi delil toplama mecburiyetinde bıraktığı şeklinde anlamamalıdır (43). Mahkeme isterse, ilk safhayı kapayan iadenin kabule şayan olduğu kararının kesinleşmesinden sonra derhal yeniden duruşma yapılmasına karar vererek, bu safhada delil telâkkisi cihetine de gidebilir (44). Çünkü muhakemenin iadesinin ikinci safhasında ikame edilmeyen veya telâkki olunmayan delillerin duruşmada beyan edilemeyeceği gibi bir kaide yoktur (45). Hattâ birinci safhayı kapayan karar ile birlikte delil telâkkisi hususunu da karar altına alabilir. Fakat hasım tarafın talep ve beyanları delil telâkkisinin şumulü üzerinde tesir icra edeceği mülahazası ile, ilk önce ilk safhayı kapayan kararın kesinleşmesinin beklenmesi ve bundan sonra delil telâkkisinin şumulünün bahis konusu edilmesi gerekeceği fikri savunulabilir. Durum böyle olmakla beraber, iadenin 327. maddenin 5. fıkrası ve 330. maddenin 4. fıkrası sebebiyle yapılmış olduğu hallerde, mahkemenin delil telâkkisi cihetine gitmesi bir zaruret olacaktır (46). Buna karşı, 327. maddenin 1, 2, 3 ve 330. maddenin 1, 2, 3. fıkraları sebebiyle yapılan iadede, 332. maddeye göre kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü — varsa ki, bu sebeplerin bazılarında şarttır — o takdirde mahkeme ikinci safhada herhangi bir delil telâkkisi cihetine gitmeden, yeniden duruşma icrasına karar verebilir.

Mahkeme bu safhada ikame olunan deliller ile bağlı olmadığı gibi lüzumlu telâkki ettiği delilleri re'sen dahi araştırır ve telâkki eder. Ancak polisten faydalanmanın, mümkün olamayacağı fikri kabul edilmektedir (47). Beyan edelim ki, kanunumuzun 337. mad-

(41) Neumann, 148.

(42) Hentig, 231.; Neumann, 148.

(43) Neumann, 148.

(44) Lucas, 388.

(45) Neumann, 148-149.

(46) RG. 44/146.

desinin 1. fıkrası me haz kanununun 369. maddesinin 1. fıkrasına nisbetle bu noktada daha isabetlidir. Hernekadar me haz kanunu şerh eden müellifler (48) mahkemenin ikame edilen deliller ile bağlı olmadığı noktasında müttetik iselerde ve re'sen daha başka delillerin de telâkkisi cihetine gidilebileceği kabul edilmekte ise de, bazı müellifler (49) bu noktada mahkemenin bağlı olduğu ve re'sen iade talebi dışında herhangi bir delilin telâkkisi cihetine gidemeyeceği fikrindedirler. Bu şekilde düşünen müellifler me haz kanundaki «getirilen deliller» ifade tarzını ve iadenin re'sen değil talep üzerine vuku bulduğunu gerekçe olarak gösterirler. Bu fikir tenkit olunmakta ve bu safhada cereyan eden usulün re'sen takibatı icap ettirmesi sebebiyle mahkemenin talep ile bağlı olmadığı, bundan başka «getirilen deliller» ifadesinin teknik bir mânâsı olmadığı hususuna temas edilmekte. Şayet mahkeme ikame edilen deliller ile bağlı olursa, yapılan her muhakemenin iadesi talebinin hakikat hilâfı olsa dahi, mahkemenin deliller ile bağlı olması neticesi, iadenin kabulü ve yeniden duruşma yapılması neticesini tevlit edeceği belirtilmektedir (50).

Bu safhada delil telâkkisi icap etmekte ise, mahkeme bir hâkimi naip olarak tayin edebilecek veya bazı delillerin istinabe suretiyle telâkkisi cihetine gidebilecektir (m. 337/1). Me haz kanun 369. maddesinde işin yalnız «naibe» havale edilebileceğini göstermekte ise de, müellifler bu terime istinabe hâkimini de ithal ederler (51). Ancak aksi kanaatte olan müellifler de vardır (52). Bunlara göre delil telâkkisinin ya bizzat mahkeme tarafından veya müctemi mahkemelerde azalardan birisi tarafından yapılabilecektir. Bu telâkki tarzı dar olması bakımından tenkit edilmektedir (53).

Delil telâkkisi 337. maddede gösterilen şahıslar tarafından icra edilebilir. Hazırlık tahkikatı yapılmak ve deliller toplanmak üzere dosya C. Savcılığına gönderilemeyeceği gibi, ilk tahkikat yapılma-

(47) Dresden 14. Ağustos 1905. DJZ. 14/93. Aynı mahiyette Bavyera Yüksek Mahkemesi kararı KMR, 583 ten naklen.

(48) Löwe-Rosenberg, 20/895.; Hentig, 230.; Walter, 47.; Gerland, 444.; Bennecke-Beling, 605.

(49) Kries, 711.; Birkmeyer, 743.

(50) Löwe-Rosenberg, 20/895.

(51) KMR, 583.; Löwe-Rosenberg, 20/895.; Walter, 48.

(52) Beling, 435.

(53) Neumann, 149 not 6.

sı için de sorgu hâkimine gönderilemez (54). Esasen muhakemenin iadesi usulünde işin ilk tahkikattan geçirilebilmesi bahis konusu olamaz. Bir hâkim naip veya istinabe hâkimi olarak delil talâkki etmiş ise, bu faaliyeti onu sorgu hâkimi durumuna sokmaz ve tahkikatı yapmış hâkim olarak o dâvanın duruşmasına girmesine mani bir hal de yoktur. Yani delil telâkki eden hâkim sorgu hâkimi durumunda değildir ve bu sebeple 22. maddenin 2. fıkrası tatbik olunamaz (55). Delil telâkkisi mahkeme veya hâkim tarafından icra olunacağına göre, savcılığın veya polisin delil telâkkisi mahkemenin vereceği karara mesnet teşkil edemez. Şayet aksi hareket edilmişse, muhakemenin iadesi talebinin esassız olması veya kabulüne mütedair karar bu delillere istinat etmekte ise, karar itiraz merciince kaldırılmalıdır (56).

Mahkûmun şuurunun 74. maddeye göre tetkikinin delil telâkiki gayesine matuf olarak bu safhada icra edilebilip edilemeyeceği hususu ihtilâflıdır. Bazı Alman mahkemeleri (57) muhakemenin iadesinin kabulü ve yeniden duruşma yapılmasına karar verilmeden önce mahkemenin mahkûmun şuurunu tetkik için 74. maddeyi tatbik edemeyeceği kanaatindedirler. Mahkeme bu şekil kararında, fail hakkında henüz amme dâvası açılmamış olması sebebinin ve bu şahsın henüz «Angeschuldigter» (mamnun) sıfatını almamış olmasını gösterir. Bu fikir ittifakla gerek doktrin (58) gerek tatbikatca (59) reddedilmekte ve mahkemenin, muhakemenin iadesi talebi üzerine kabule şayan olduğu kararını verdikten sonra delillerin sıhhatinin tetkikini hedef ittihaz eden ikinci safhada yapacağı muamelelerin ilk tahkikat faslındaki hükümlere göre icra edileceğini ve bu sebeple tahkikatın bu safhasının ilk tahkikat mahiyetinde olduğu hususunu göstermektedirler. 74. madde, bilhassa failin suçu işlediği zaman şuur ve hareket serbestisi olmadığı iddia edil-

(54) KMR, 583.; Schwarz, 16/452.; Löwe-Rosenberg, 20/895.; Neumann, 149.

(55) Bu hususta bakınız. Önder, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 22. maddesine göre hâkimin davaya bakamayacağı haller, İHFM. XXXII, ayrı bası.

(56) Neumann, 150.

(57) Düsseldorf Mahkemesi 17.6.1912 tarihli kararı, Walter 48 den naklen.

(58) Beling, ZStRW. 38/826.; Walter, 47.; Schwarz, 16/452.; Neumann, 154.

(59) RG. 18/417.; NJW. 1954/974.

mekte ise tatbik edilecektir (60). Maznunun şuurunun tetkik edilebilmesi için mahkemenin 338. maddenin 2. fıkrasına göre duruşma icrasına karar vermesi şart değildir (61). Lüzumlu olduğu takdirde, bu karardan önce de 337. maddenin 1. fıkrasına göre karar verilebilir. Ancak bu halde 74. maddenin 4. fıkrasında tesbit edilmiş bulunan 6 haftalık müddet geçmemelidir. Bu müddet delillerin sıhhatını tahkik safhasında veya hükümden önce dolmuş ise, muhakemenin iadesi safhasında tekrarlanamaz (62). Mahkemenin maddî hakikati tesbit vazifesi re'sen harekette bulunma neticesini tevlit ettiginden, maznunun razı olmaması tedbirin tatbikine mani değildir (63). Hattâ mahkûmun lehine iade talep edilmiş olsa dahi 74. madde tatbik edilebilir. Resmî müessesede gözaltına alınma kararının ehemmiyeti sebebiyle 74. maddenin 3. fıkrası burada da tatbik edilebilecek ve bu karar aleyhine acele itiraz yoluna gidilebilecektir.

Muhakemenin iadesinin bu safhasında sübut vasıtası olarak dinlenecek şahıslara yemin verilip verilemeyeceği hususunu muhakemenin iadesinin talep olunduğu mahkeme karar altına alacaktır. Bu halde ne naip ne de istinabe olunan hâkimin selâhiyeti yoktur (64). Şahitler iade talep edilen mahkemece dinlenmekte iseler veya bu mahkeme istinabe suretiyle şahit dinlemekte ise, prensip olması itibariyle, şahitlerin yeminli dinlenmeleri cihetine gidilmelidir (65). Muhakemenin iadesi kesin hüküm ile neticelenen dâvaya nisbetle yeni bir muhakeme olması sebebiyle 60. madde burada tatbik edilmez; yani evvelce yeminli dinlenen şahitin aynı tahkikat sırasında tekrar dinlenmesi lâzım gelirse, hâkim ona yemin vermeyip evvelki yeminini hatırlatmak ve bu şahitliğin doğruluğunu o yeminin ahdinde bulundurmakla iktifa edemez (66). 337. maddenin 2. fıkrası hükmü, muhakemenin iadesi müessesesi ile bir dereceye kadar telifi kabil değildir. Bir tarafta kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü varken, bu hükmü bertaraf etmek için ileri sürülen deliller yanında, şahısların duruşma dışında olsa dahi yeminsiz dinlenebileceğini kabul etmek, müessesenin mahiyeti ile bağdaşamaz.

(60) Neumann, 154.

(61) Hentig, 133.

(62) Neumann, 155 not 35.

(63) Belling, ZStRW. 38/826.

(64) Gerland, 444.; Walter, 44.; Löw-Rosenberg, 20/895.; Schwarz, 16/453.

(65) Neumann, 152.

(66) KMR. 583.; Löw-Rosenberg, 895.

Ancak, kanun koyucu böyle bir hüküm sevkederken bunun kaide olmadığını kabul etmiş (67) esas olarak şahıs beyanlarının yeminli yapılması ve yemine müteallik umumi hükümlerin burada da tatbik edileceğini kabul etmiş, fakat bazı istisnai hal ve meselelerin arzetmiş bulunduğu hususiyetler sebebiyle, yeminsiz dahi bir şahsın ifadesine müracaat edilebileceği kabul edilmiştir. İstisnai de olsa bazı şahısların yeminsiz dinlenebileceğini kabul etmiş bulunan kanun, bu şekilde hâkime yardım etmek istemiştir. Ancak, bu hüküm yalnız 337. maddenin tatbikine inhisar etmekte, fakat 339. maddenin 1. ve 2. fıkralarının tatbik olunduğu hallerde kat'i surette tatbik sahası bulmamaktadır (68).

Muhakemenin iadesinin bu safhasında taraf aleniliği hususunda ilk tahkikat faslında gösterilen hükümler uygun şekilde tatbik olunacaktır (md. 337/3). Bu hükümler bilhassa 186 ve 187. maddelerdir. Ancak, 186. maddenin 2. fıkrasındaki «bir şahit veya ehlihibrenin duruşma sırasında hazır bulunmayacağı umulur veya meskeninin uzaklığı sebebiyle bulunması güç görülürse bu şahit veya ehlihibrenin dinlenmesinde dahi aynı hüküm caridir» şeklindeki hükmün tatbik edilebilmesi için mevcut deliller muvacehesinde yeniden duruşmanın açılmasının mümkün olmaması icap etmektedir; eğer yeniden duruşma yapılması mümkün değilse, bu takdirde mezkûr fıkranın tatbikine imkân yoktur; zira bu hüküm ileride duruşma yapılması haline inhisar eder (69). Bu şekil hal tarzı ile duruşmanın yapılmasının mümkün olduğu hallerde bu hükmün tatbik edilebileceğini, iade talebinin mahiyeti icabı duruşma yapılamadan karar tesisinin mümkün olduğu hallerde (md. 339) taraf aleniliğinin mutlak olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, bazı müellifler bu halde mahkemenin taraf aleniyetine riayet etmek mecburiyetinde olmadığını, fakat bunu temine selâhiyetli bulunduğunu, karar vererek aleniyeti tesis etmek veya etmemek hususlarının takdire taallük ettiği kanaatındadırlar (70).

Taraf aleniliği bakımından 186. madde yalnız C. Savcısı, maznun ve müdafiden bahsetmekte isede, bulunabilme hakkının müdahil ve şahsi dâvacıya da ait olduğunu kabul etmek gerekir. An-

(67) Hahn, I/267.

(68) KMR, 583.; Löwe-Rosenberg, 20/895.

(69) Neumann, 153.; Löwe-Rosenberg, 20/896.; KMR, 583.; Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı, KMR 583 ten naklen.

(70) Walter, 49.; Gerland, 323.; Rostok Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı, Löwe-Rosenberg, 20/896 dan naklen.

cak, 145. maddede gösterilen maznun kadının kocasının müşavir sıfatı ile veya maznunun kanunî mümessilinin bulunabilmelerine mahkeme serbest takdir hakkını istimal etmek suretiyle karar verecektir (71).

Maznun mevkuf ise ancak mevkuf tutulduğu yerdeki mahkeme binası içinde yapılacak işlerde hazır bulunmayı isteyebilir. (m. 186/4) Yapılacak muamelede bulunma hakkı olanlara, muamelenin yapılacağı günün bildirilmesi, kendilerine ait olan hakkı istimal edebilmelerine imkân verebilmek bakımından lüzumludur. Yapılan bu muameleler iadenin üçüncü safhası olan duruşmaya bir hazırlık teşkil etmesi bakımından (72), duruşmada sahip olunan hakların, bilhassa soru tevcih edebilme hakkının, bu kısımda da mevcudiyetini kabul etmek gerekir. Esasen bu hakkı tanımamak, muamelelerde bulunabilme hakkından gereği gibi istifade edebilme imkânını da ortadan kaldıracaktır (73).

Ancak, aksi fikirde olan ve alâkalılara soru tevcih edebilme hakkını tanımayan müellifler de vardır (74).

Muamelelerin icrası sırasında bulunma hakkını haiz olanın herhangi bir sebeple gelememiş olması, yapılması gereken muamelenin icrasına mani değildir. Hâkim, bu şahıslar olmadan delil telâkkisi cihetine gidecektir. Maznunun huzuru şahitlerden birinin hakikate muvaffık şahadet etmesine mani olacağından korkulursa, hâkim o işte maznunun bulunmamasına karar verebilir (md. 187).

Delil telâkkisi bittikten sonra mahkeme, C. Savcısına ve mahkûma muayyen bir mehil vererek daha başka diyecekleri olup olmadığı hususunu bildirmeye davet eder (md. 337/4). Kanun koyucunun bu tatbikattan beklediği, C. Savcısına ve mahkûma delil telâkkisi neticesinde fikirlerini aynı imkân içinde belirtebilmek fırsatını vermektedir (75). Ancak, C. Savcısı tahkikatın cereyanını geriletmemek şartıyla, dosyayı tetkik ederek tahkikatın her hal ve vaziyeti hakkında her vakit malûmat sahibi olabilecek ve münasip gördüğü iddiaları dermeyan edebilecektir (md. 189). Maznun ise umumi prensiplere göre dosya münderecatını tetkike selâhiyetli değildir. Bulunduğu tahkikat sırasında vakıf olduğu hususlar hak-

(71) Löwe-Rosenberg, 20/496.

(72) Hahn, I/787.

(73) Kries, 376.; Löwe-Rosenberg, 20/496.; Glaser, 1380.

(74) Bennecke-Beling, 509.

(75) Hahn, I/267.

kında beyan ve mütalâada bulunabilmesi mümkün olabilecektir. Halbuki 337. maddenin son fıkrası hükmü kabul edildiği takdirde, dosyada mevcut delillerin neticesi hakkında maznunun mütalâa ve mülâhazalarını bildirebilme hakkı vardır. Kanun bu hükmü koymuş, fakat bunun nasıl tahakkuk edeceği hususuna ait herhangi bir hüküm serdetmemiştir. Maznun delil telâkkisi neticesinde beyanda bulunma hakkına haiz olduğuna göre, mahkeme talep vukuunda bunun tervici cihetine gitmelidir (76). Mevcut talebin ne şekilde yerine getirileceğine mahkemenin karar vermesi lâzımdır. Bildirmeler tebliğ şeklinde olabileceği gibi, mahkeme kaleminden birisinin mevcut delilleri okuması veya muhtevalarını açıklaması şeklinde de olabilir.

Maznunun müdafii varsa, 143. maddeye göre mahdut mahiyette dosyayı tetkik hakkı bu halde müdafii hakkında tatbik edilmeyecek, müdafinin dosyayı tetkik selâhiyetinin mutlâk olduğunu kabul etmek gerekecektir (77). Çünkü 143. maddedeki tahdit bu hale uymamaktadır (78).

Delil toplanması bittikten ve bütün bu hususlar gerek C. Savcısına gerek maznunun malûmatına ulaştıktan sonra mahkeme muayyen bir mehil tayin edecek ve bu mehil içinde mütalâa ve mülâhazalarını bildirmeye maznun ve C. Savcısını davet edecektir. Bu hükme riayet edilmeden ve C. Savcısı ve maznuna muayyen bir mehil verilmeden veya deliller bunlara bildirilmeden mahkemece verilen talebin esassız olması kararı 340. madde sebebiyle acele itiraz kanun yolu ile kaldırılır (79). 337. maddenin 4. fıkrasının tatbiki ve yapılan mütalâa ve mülâhazalar üzerine mahkeme yeniden delil telâkkisi mecburiyetinde kalabilir. Bu halde 337. maddenin 4. fıkrası hükmü yeniden tatbik edilir; yani toplanan deliller maznun ve C. Savcısına bildirilir, bundan sonra muayyen bir mehil içinde mütalâa ve mülâhazalarını bildirmeye davet olunurlar (80). Maznun ölmüş ise, bu halde 329. maddenin 2. fıkrasında gösterilen kim-seler mütalâa ve mülâhazalarını bildirmeye davet olunur (81).

(76) Walter, 51.; Löwe-Rosenberg, 20/896.

(77) Lucas, 390.; Hentig, 235.; Schwarz, 16/453; Löwe-Rosenberg, 20/896.; Neumann, 158.

(78) Kohlrausch, 22/316.

(79) ZStRW. 42/718.; ZStRW. 43/518.

(80) KMR, 584.

(81) Hentig, 235.

337. madde yalnız delillerin toplanmasından bahsetmekte ise de, gayesi delil elde etmek olan zabt ve arama muamelelerine de muhakemenin iadesinin bu safhasında mahkemece tevessül olunabilir (82). Ancak, maznunun tevkif edilebilmesi için muhakemenin iadesinin 330. maddede gösterilen sebepler dolayısıyla aleyhe talep edilmiş olması gerekir (83). Hatta maznun ilk muhakemede beraet etmiş olsa dahi, 330. maddenin 4. fıkrası sebebiyle yapılan muhakemenin iadesi halinde, 104. maddenin şartları varsa, tevkif olunabilir. Bu husus Alman Askeri Yargıtayının bir kararında gayet güzel bir gerekçe ile kabul edilmektedir; buna göre, aleyhe muhakemenin iadesini kabul etmiş olan bir kanun, maznun hakkında bir emniyet tedbiri olan tevkifin tatbik edilemeyeceğini tecviz etmiş olamaz (84). Muhakemenin iadesi talebi kabul ve yeniden duruşma yapılmasına karar verilmiş ise (md. 338/2) mahkemenin tevkif selâhiyeti 104 ve 105. maddelerde gösterilen sebeplere ve genel hükümlere göre tamamen avdet eder (85).

Muhakemenin yenilenmesi usulünde cereyan eden delil ikame ve telâkki safhası bittikten sonra mahkeme, bütün delillerin tetkikine geçer. Bu safhada nelerin tetkik edileceğini, muhakemenin iadesi talebinin istinat ettiği kanunî sebepler tayin eder. Bu hususlar şunlardır (86) :

1 — 327 ve 330. maddelerin 1 ve 2. fıkralarında gösterilen sebepler ile muhakemenin iadesi talep edilmiş ise, mahkeme sahte vesika veya hakikât hilâfı yapılan şahadeti veya verilen reyin hükme olan tesirini tetkik edecektir. Sahte vesika ile hakikât hilâfı yapılan şahadetin hükümle olan münasebeti tesbit edildikten sonra, bunların gerekçede veya dosya münderecatına da tesir icra etmiş olması aranmaz (87). Kanunun istimal ettiği ifade tarzından da anlaşılacağı gibi, belirtilen hareketlerle hüküm arasındaki münasebet ve hükmün bunlar üzerine bina edilmiş olması kâfidir. Ancak, kabul etmek gerekir ki, bir hükmün yapılan hakikat hilâfı şahadet üzerine inşa edildiği daima kâtiyetle kabul de edilemez. Bunu takdirde mahkeme serbest takdir hakkını kullanır (88).

(82) KMR, 584 ; Neumann, 154.; Löwe-Rosenberg, 20/896.

(83) Neumann, 154.; Löwe-Rosenberg, 20/896.; KMR, 584.

(84) Neumann, 154 not 31.

(85) KMR, 584.

(86) Bunun için bak. Löwe-Rosenberg, 20/897.

(87) Neumann, 161.

(88) Hahn, I/261.

Şayet, verilmiş bulunan hükümde bahis konusu olan vesikanın veya şahadetin herhangi bir rol oynamadığı gösterilmiş ise, bu halde hüküm ile herhangi bir münasebeti olmadığı açıktır. Meselâ, şahit beyanı veya vesikanın mahkemece itimada şayan görülmediği hükümde gösterilmiş olabilir. Bahis konusu sübut delilinin hükme tesir etmiş olabileceği imkânının mevcudiyeti kâfidir. Ancak, hükme herhangi bir tesir imkânının bahis konusu olamayacağı halde ise iade sebebi de yoktur (90).

2 — 327 ve 330. maddelerin 3 numaralı fıkraları sebebiyle iade talep olunmuş ise, kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün mevcudiyeti muhakemenin iadesi için kâfidir. Burada 332. madde hükmü de nazara alınacaktır.

3 — 327. maddenin 4 numaralı fıkrası sebebiyle yapılan muhakemenin iadesi talebinde tetkik, Ceza hükmünün hukuk mahkemesinin bir hükmüne müstenit olup olmadığı ve hukuk mahkemesinin hükmünün diğer bir kesinleşmiş hüküm ile ortadan kalkmış olup olmadığı hususuna müteveccih olacaktır. Şayet hukuk mahkemesi hükmü mevzu itibariyle farklı ise, bu iade sebebi olmayacaktır.

4 — 327. maddenin 5 numaralı fıkrası sebebiyle yapılan talepte tetkik, ikâme edilen vakıa veya delillerin yeni olup olmadığı hususuna inhisar edecektir.

5 — 330. maddenin 4 numaralı fıkrası sebebiyle yapılan talepte maznunun suça müteallik bir ikrarda bulunup bulunmadığı, bulunmuş ise bunun itimada şayan olup olmadığı araştırılacaktır.

Yapılan bu tetkikat üzerine mahkeme iki şıktan birisine karar verecektir.

a — Muhakemenin iadesi talebinde serdolunan iddialar kâfi derecede taayyün etmez yahut 327 veya 330. maddelerin 1 ve 2. numaralı fıkralarında yazılı hallerde, işin vaziyetine göre, bunların evvelce verilmiş olan hükme hiçbir tesiri olmadığı anlaşılırsa, muhakemenin iadesi talebi esassız olması noktasından reddedilecektir. Kanunumuz bu hususta «esassız olması noktasından» reddedileceğini belirtmektedir (338/1). Bazı müellifler (91) muhakemenin iadesinin bu ikinci safhasında redde mütedair verilen kararın «mu-

(89) Neumann, 162.

(90) Neumann, 162.

(91) Kunter, I/650.

hakemenin yenilenmemesi kararı» olduğunu ve bu şekilde isimlendirilmesini teklif ederler.

b — Aksi halde mahkeme muhakemenin yenilenmesine ve yeniden duruşma icrasına karar verecektir (md. 338/2).

Yukarıda belirttiğimiz ve iki şık halinde gösterdiğimiz hususlar mahkemece mutlâk surette bir karar ile tesbit edilecektir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz muhakemenin iadesinin bu safhasında 198. maddeye göre muvakkaten tatil kararı verilmesini kabul etmez (92).

Bu kararın gerekçeli olması lâzımdır (md. 32). Karar verilirken duruşma yapılmaz. Şunu belirtelim ki, mahkeme ikinci safhayı nihayete erdiren kararını verirken daha önce vermiş olduğu ve birinci safhayı kapsayan kararı ile bağılı değildir. Kanunumuzun sistemine göre, muhakemenin iadesinin bu safhası, birincisinden tamamen müstakildir. İki safhayı birbiri içinde kabul eden kanunlar ve müellifler olduğuna yukarıda temas etmiştik. İlk safhada iade talebinin kabule şayan olmadığına dair olan karar itiraz merciince kaldırılmış olsa dahi, kanaatımızca, mahkeme ikinci safhanın sonunda iade talebinin esassız olduğunu tesbit ve red kararı verebilir. Aksi kanaatte olan müellifler de vardır (93). Ancak mahkeme iadenin kabule şayan olduğu kararı ile bir hususta bağılıdır; eğer ikinci safhada sübut delili bakımından bir değişiklik olmamış, durum eski halini muhafaza etmiş ise, mahkeme ilk kararı ile bağılı kalacaktır. Buna karşı ikinci safhada delil telâkkisi cihetine gidilmiş ise, verilecek karar, ilk safha şartlarının da tetkikine müteveccih olabilecektir (94). Mehzaz kanunun esbabı mucibesi de aynı neticeye bizi götürmektedir. Buna göre ikinci safhayı kapayan kararın verilebilmesi için, muhakemenin iadesinin kanuni şartlarının mevcut olması gerekir. Kanuni şartlar mefhumuna iadenin kabule şayan olduğu kararının tetkiki de dahildir (95).

Kabul etmek gerekir ki, muhakemenin iadesi usulünün en mühim kısmı mahkemenin vereceği ve iade talebinin kabulüne müteveccih bulunacak olan karardır. Bu karar iade usulünün devam ve inkişafı için bir muhakeme şartıdır (96). Bunun bulunmaması

(92) Löwe-Rosenberg, 20/898.

(93) Kantar, 422.

(94) Neumann, 164.

(95) Hahn, I/267.

(96) Hippel, 621.; Löwe-Rosenberg, 20/896.

dâvanın tatiline karar verilmesini gerektirir (97). Bu karar kesinleşinceye kadar, muhakemenin iadesi için son tahkikat ve duruşma safhası icra edilemez. Karar muhakemenin iadesi usulünü dar mânâda nihayete erdirir (98). Muhakemenin iadesi aleyhe olarak kabul edilir ve kabule müteveccih karar mahkûma bildirilmez ve neticede mahkûmiyet kararı tesis edilirse, iade kararının tebliğ olunmaması bir bozma sebebidir (99). Muhakemenin iadesi aleyhe talep olunmuş ve bu talepte 338. maddenin 2. fıkrasına göre kabul edilmiş ise, işin muhakemesinin yüksek vazifeli mahkemeye ait olduğu bazı hallerde mümkün olabilir. Bu gibi hallerde, dâvanın vazifeli mahkemeye gönderilmesi lâzımdır (100). 338. maddenin 2. fıkrasına göre verilen kararlar son tahkikatın açılması kararı mahiyetinde olduğundan (101) mahkeme vazifeli telâkki ettiği mahkemeyi kararında gösterecektir. Buna riayet edilmesi temyiz sebebi- dir (102).

Mahkeme iade usulünün diğer safhalarında, verdiği bu karar ile bir dereceye kadar bağlıdır; ancak bu bağlılık muhakemenin iadesi ve duruşma yapılmasına mütedair verilmiş bulunan bu kararın yerinde olup olmadığını tetkik edememesidir (103).

Verilen karar muhakemenin iadesine esas teşkil eden hükmün tesirlerini ve hukukî varlığını kaldırmış mıdır? Mesele iki şekilde halledilebilir. Birinci hal tarzına göre mevcut karara rağmen eski hüküm mevcudiyetini muhafaza eder (104). Böyle düşünüldüğü takdirde kanaatımızca iki maddede mevcut hükümlerden istifade edilebilecektir. Evvelâ 339. maddenin 4. bendine göre «mahkeme be- raet kararı ile beraber evvelki hükmün iptalini de karar altına alır» denilmektedir. Kanunun bu hükmü ve ifade tarzı, yalnız iadenin kabulü ve yeniden duruşma yapılmasına karar verilmesi anından itibaren yeniden hüküm tesis edilinceye kadar eski hükümün mevcudiyetini gösterir. Bu şekil düşünüş tarzına, kanaatımızca da şu itiraz yapılabilecektir; 339. madde hükmü duruşma yapılmaksızın

(97) Hippel, 621.; Löwe-Rosenberg, 20/897.

(98) Neumann, 165.

(99) JW. 1928/1882.

(100) Neumann, 166.

(101) Neumann, 165.

(102) Neumann, 170.

(103) RG. 35/352.; 57/317.; 4/402.

(104) Bennecke-Beling, 606.; Beling, 436.; Mayer, 37.

muhakemenin iadesi taleplerinin kabul ve intacında tatbik edilen ve yalnız buna inhisar eden, normal iade usulüne vazedilmiş bir istisnadır (105). Bundan başka, duruşma yapılmaması sebebiyle, 339. maddenin 4. fıkrası muhakemenin iadesinin kabulü ile birlikte beraet kararı veya eski hükmün ipkası kararı aynı usul safhası içinde verilecektir. Bu sebeple 339. maddenin 4. fıkrası bizi muayyen bir neticeye götürecek ve bir prensip kararı vazedebilecek mahiyette değildir. Eski hükmün mevcudiyetini muhafaza etmesi gerekeceği hususuna mütedair gösterilebilecek diğer bir sebepte şu olabilecektir; 341. maddenin 1. fıkrasına göre «yeniden yapılacak duruşma neticesinde mahkeme ya evvelki hükmü tasdik eder veya iptal ile dâva hakkında yeni baştan hüküm verir». Bu fıkra hükmüne göre, mahkemenin evvelki hükmü tasdik veya iptal edebilmesi için o hükmün mevcut olması gerekir. Esasen mevcut olmayan bir şeyin tasdik veya iptali bahis konusu olamaz. Bundan başka, muhakemenin iadesinin kabulü ve yeniden duruşma yapılmasına mütedair verilen karar, muhakeme hukukunda «karar»dır; bir kararın «hüküm» ü kaldırabilmesi mümkün olmamalıdır. Bazı müellifler (106) muhakemenin iadesi kararının ilk hükme olan tesirinin muvakkat olduğu, esas neticenin duruşma safhası sonunda hükmün ya kaldırılarak veya bırakılarak alınacağı kanaatindedirler. Bu fikir tenkit edilmektedir; kanun yolu ile hukukî çare arasındaki fark, devolutiv ve suspensiv tesir bakımındandır, yani hukukî çarede iş yüksek vazifeli mahkemeye gitmediği gibi, infaz da durmaz. Bu hal 328 ve 335. maddelerde tesbit edilmiştir. Muhakemenin iadesi talebinin kabulüne rağmen eski hüküm kaide olarak hukukî varlığını muhafaza eder ve ceza infaz da edilirse, şöyle bir netice meydana gelecektir; esas hüküm duruşma neticesinde verilecektir, fakat bu hüküm verilinceye kadar ceza muvakkaten infaz edilecek, neticede verilecek hüküm meseleyi esash bir şekilde halledip, eski hükmü de kaldıracaktır. Bu şekil bir hal tarzı kabul edilirse, ceza muhakemesi usulüne yabancı olan cezanın muvakkaten infazı neticesini tevlit edecektir (107).

Tetkik ettiğimiz konu Türk hukukunda da münakaşa edilmiş ve çeşitli şekillerde halledilmiştir. Kantar (108) muhakemenin iade-

(105) Kısmen aynı mahiyette, Neumann, 174.

(106) Ötker, GS. 65/455, Neumann, 174 ten naklen.

(107) Neumann, 174.

(108) Kantar, 425.

sinin kabulü kararının eski hükmü bütün hukuki tesirleri ile tamamen kaldırdığı kanaatındadır. Kunter (109) «muhakemenin yenilenmesine karar vermek, eski son kararı hukuk bakımından ortadan kaldırmak demek değildir. Eski son karar ancak yeni bir son karar verilince ortadan kalkacaktır» deyip «nitekim Alman Yargıtayı ve doktrini, kamu hizmetlerinden yasaklık cezasının devam edeceğini kabul etmektedir» diye ilâve etmektedir. Beyan edelim ki, bu ifade tarzı ile sayın Kunter iki bakımdan kabul edilemeyecek fikir ileri sürmektedir. Evvelâ Kunter de Alman Yargıtay ve doktrininin ne olduğu ve nereden alındığını tesbit etmek mümkün değildir. Bilâkis Alman doktrini muhakemenin iadesi kararının eski hükmün hukuki tesirlerini kaldırdığını ittifak derecesinde bir çoğunlukla kabul etmektedir (110).

Belirtilen Alman Yargıtay kararının ise hangisi olduğunu tesbit etmek mümkün değilse de, müellifin zikretmek istediği kararın, bütün Alman müelliflerinin temas etmiş olmaları sebebiyle, Leipzig jürili mahkemesinin 30.11.1918 tarihinde verdiği ve muhakemenin iadesi sebebiyle Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin 4. Ceza Dairesinin 8.6.1923 tarihli kararı olduğunu zannediyoruz (111). Beyan edelim ki, mezkûr karar yalnız gerekçe gösterilmek suretiyle neşredilmiş olduğundan, dâvanın evveliyatı hakkında elimizde kâfi derecede malûmat yoktur. Ancak, mezkûr karar amme hizmetlerinden mahrumiyetin muhakemenin iadesi ve yeniden duruşma yapılmasına mütedair verilen karar ile birlikte tesirlerini kaybettiğini belirtmektedir. Bundan başka Kunter'in verdiği netice eserinin (112) 74 ve 75. sayfalarındaki fikirleri ile de bağdaşamaz. Müellife göre, yargı mevcut olduğu müddetçe aynı dâvanın tekrar açılmasına ve muhakemenin yapılmasına imkân yoktur. Tetkik ettiğimiz halde, eğer yargı mevcut olursa yeniden duruşma yapılamaması gerekecektir. Bu mesele hakkında kanaatımızı beyan etmeden nöce mukayeseli hukuktaki durumu tetkik edelim. Hemen hemen bütün Ceza Muhakemesi Usulü kanunları

(109) Kunter, I/651; II/771.

(110) KMR, 585.; Erbs, 320.; Kohlrausch, 22/317.; Gerland, 445.; Schmidt, 1070.; Peters, 542.; Schwarz, 16/453.; Neumann, 174.; Rosenfeld, 267.; Hippel, 621.; Ullmann, 640.; Hentig, 236.; Graf zu Dohne, 213. Bazı müellifler ise, eski hükmün yalnız kesin hüküm tesirini kaybettiği kanaatındadırlar. Henkel, 454.

(111) RG. 57/312-313.

(112) Kunter, I/74, 75.

muhakemenin iadesi ve duruşma yapılmasına müteveccih verilen kararın eski hükmün hukuki tesirlerini kaldırdığını kabul etmektedirler. Ezcümle 1929 Bern CMUK. md. 355, 1929 İsviçre CMUK. md. 238, 1929 Polonya CMUK. md. 586, 1960 Avusturya CMUK. md. 358. Kanaatımızca muhakemenin iadesinin kabulü ve yeniden duruşma yapılması kararı ile, eski hüküm hukuki tesirini kaybedecektir. 339. ve 341. maddelerde mevcut ve mahkemenin evvelki hükmü tasdik edeceği veya iptâl ile dâva hakkında yeni baştan karar vereceğine mütedair hüküm, Alman müelliflerinin de belirttikleri gibi (113), kanun tekniği bakımından iyi bir ifade tarzını aksettirmemektedir. Bu maddeler ile ifade edilmek istenen husus, muhakemenin iadesinden sonra yeni vakıa veya deliller veya diğer iade sebeplerinin tetkiki neticesi mahkeme ilk hükümdeki kanaatına vasil olursa bu halde eski hüküm gibi karar verecektir. Yoksa, bu ifade tarzı eski hükmün tekrar edileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yeniden tesis edilen hüküm her bakımdan eskisinden tamamen müstakildir. Esasen nos bis in idem kaidesine göre, eski hüküm hukuki varlığını muhafaza ettiği müddetçe o iş son tahkikat ve duruşmaya mevzu olamaz. Mahkeme muhakemenin iadesine ve yeniden duruşma yapılmasına karar verince, ortada «kesin hüküm» mevcuttur ve fail evvelce mahkûm edilmiş bir şahıstır denemez. Aynı şekilde beraet etmiş olan şahıs hakkında aleyhe iade talep edilmiş ve kabul edilmiş ise, bu halde de 183. maddenin 2. fıkrasına göre muamele olunacaktır (114). Beyan edelim ki, bizim de vardığımız bu netice Alman İmparatorluk Yüksek mahkemesinin de verdiği kararlar gibidir (115). Mevaz kanununun tasarısı da aynı hali kabul etmiş ve müzakerelerde eski hükmün hukuken bertaraf edildiği üzerinde durulmuştur (116).

II — Yeniden duruşma neticesi verilecek hüküm

Muhakemenin iadesi kabul edilir ve 339. maddenin 1 ve 2. fıkraları tatbik edilemezse, yeniden duruşma yapılacaktır (m. 338/2). Yeniden duruşma, ya hüküm ilk derece mahkemesi tarafından ve-

(113) Hentig, 237.

(114) Neumann, 173.

(115) RG. 9/30.; 27/382.; 29/280.; 30/421.; 41/106.; 58/52.; Hamburg OLG. JW. 19931/2860.

(116) Hahn, I/267, 268.

rilmiştir ve bu mahkemede yapılacaktır veya hüküm ilk derece mahkemesi olarak Temyiz mahkemesince verilmiştir ve duruşma bu mahkemede icra olunacaktır. Yeniden yapılan duruşmada maddî meseleler yeniden tetkik edileceği için, eski duruşmanın bir tekrarı olmayacak, sanki o mesele hakkında hiç duruşma yapılmamış gibi hareket edilecek (117), tamamen müstakil bir duruşma mahiyeti arzedecektir. Bu sebeple yeniden yapılan duruşma eski hükmün tetkiki ve hatalı hususlarının düzeltilmesi gayesine müteveccih olamaz (118). Mahkeme iadei muhakemeye mevzu teşkil eden eski hükmü de tetkik edemez; esasen muhakemenin iadesini kabul ve yeniden duruşma yapılmasına mütedair verilen karar ile (md. 338/2) eski hüküm bertaraf edilmiş olmakta, maddî meseleler yeniden şifahilik prensibi içinde tetkik edilerek, yalnız ceza tayini meselesinde eski hükme bağlı kalınmak şartı ile yeniden hüküm tesis edilecektir.

Kanunumuzun 341. maddesinin kullanmış bulunduğu «...evvelki hükmü tastik eder...» şeklindeki ifade tarzı, me haz kanunda «Aufrechtzu erhalten» yani «durumu muhafaza eder» şeklindedir ve me haz tatbikat ve doktrin tarafından da bu hal dahi tamamen eski hükümden müstakil olarak kabul edilmektedir (119). Yukarıda belirttiğimiz gibi, muhakemenin iadesinin kabulü ve yeniden duruşma yapılmasına mütedair karar, eski hükmü bütün hukukî tesir ve neticeleri ile berteraf etmiş olduğundan, eski hükmün tastiki de bahis konusu olamaz; zira hukukî tesirini kaybeden bir hükmün tastiki veya iptali de imkânsızdır.

Eski hüküm, muhakemenin iadesinin kabulü ve yeniden duruşma yapılmasına mütedair verilen karar ile mutlak surette kalkmıştır; kalkmadığı ve 341. maddedeki hükümler verilinceye kadar mevcudiyetini muhafaza ettiği kabul edilirse, bu Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuzun kabul ettiği ne bis in idem kaidesine muhalif ve onu ihlâl olur.

Kanunumuzun bu pekte yerinde olmayan ifade tarzı me haz kanuna ilk tasarıdan itibaren girmiş olup, hata tevlide müsait olması sebebiyle tenkit olunmaktadır (120).

(117) Rosenfeld, 267.; Lucas, 387.; Beling, 436.

(118) KMR, 589.

(119) Löwe-Rosenberg, 20/897.; KMR, 584-589.; Hentig, 237.

(120) Hentig, 238.

Yeniden yapılan duruşmada, duruşmanın icrasına mütedair bütün hükümler, bilhassa delil ikamesine dair olan 237 ve bunu takip eden maddeler tamamen kabili tatbiktir (121). Duruşma hazırlığını tanzim eden 206 dan 218. maddeye kadar olan hükümler de tatbik olunacaktır (122). Kaide duruşmanın eski hükmü veren mahkemede yapılmasıdır. Fakat iade sebebi muvacehesinde iş aşağı vazifeli mahkemenin selâhiyeti içine girmiş ise, kanaatımızca iadei muhakemenin kabulüne ve yeniden duruşma yapılmasına mütedair verilen kararda sarahatle gösterilmek şartıyla, iş daha aşağı vazifeli mahkemeye gönderilecektir. Fakat duruşma başladıktan sonra işin daha aşağı vazifeli mahkemeye gönderilmesine imkân yoktur. Mehzaz kanunu şerh eden müellifler, 322. maddenin 3. fıkrası delâletiyle bu neticeye varırlar (123). Alman Yüksek mahkemesi de bu fikri benimsemiştir (124). Kanaatımızca mesele 322. maddeye göre değil, 262. maddeye göre halledilmelidir. Dâva kendisine gönderilen mahkeme iadei muhakeme sebeplerinin varit olup olmadığını tetkik edemez. İadenin kabulü üzerine işin daha yüksek vazifeli mahkemede görülmesi gerektiği meydana çıkarsa, bu halde mutlâk surette işin o mahkemeye gönderilmesi lâzımdır. İade sebebi 327. maddenin 3. ve 330. maddenin 3. fıkraları ise, bu halde hükme iştirak etmiş olan hâkim dâvaya bakamaz (125) Bu halde 22. maddenin 1. fıkrası tatbik edilmez ve eski hükmü veren veya iadei muhakemeyi kabul eden ve yeniden duruşma yapılmasına karar veren hâkim, yeniden yapılacak olan duruşmayı icra ve hükmünü tesis edebilir (126).

Yeniden yapılan duruşma 236. maddeye göre icra edilecektir. Son tahkikatın açılması kararı veya iddianame okunmalıdır (127). Aksi kanaatta olan müellifler de vardır (128). Muhakemenin iadesinin kabul edildiği ve yeniden duruşma yapılmasına mütedair ve-

(121) Schmidt, 1077.

(122) Löwe-Rosenberg, 20/903.

(123) KMR, 586.; Löwe-Rosenberg, 20/898.; Gerland, 445.

(124) RG. 9/34.; 29/287.

(125) Gerland, 447 not 119.

(126) Önder, CMUK. nun 22. maddesi.. IHF. Cilt XXXII.

(127) Löwe-Rosenberg, 20/902.; Schmidt, 1078.; KMR, 585.; RG. 4/428.; JW. 1932/2726.

(128) Gerland, 447.; Bizce de son tahkikatın açılması kararının veya iddianamenin okunması, son tahkikat safhasının ve hükmün mevzuunu teşkil etmesi bakımından gereklidir.

rilmiş bulunan kararın okunmasının şart olduğu hususunda 341. maddede bir sarahat yoktur. Ancak, okunması halinde de bir kanunsuzluk olmadığını kabul etmek gerekir; zira bu şekilde mahkeme deva ile ilgili olanlara dâvanın durumu hakkında izahat vermiş, onların bilgi edinmelerini temin etmiş olur. İlk hüküm tesis edilirken kaçırılmış olan mehiller, iadei muhakemenin kabulünden sonra, tekrarlanamaz baki kalır ve kaçırılan mehillerin isnat ettiği muameleler icra olunamaz. Meselâ, 194. maddedeki hal gibi (129).

İlk hüküm ile birlikte fail olarak mahkûm edilmiş bulunan kimsenin, yeniden yapılan bu duruşma safhasında şahit olarak dinlenmesi mümkündür (130). Yeniden yapılan duruşmada çekinme hakkı olan şahit, evvelki duruşmada bu hakkını kullanmamış olsa dahi, bu sefer şahitlikten çekinebilir (131). Şahide verilecek yemin hususunda 60. madde tatbik edilemez; zira yeniden yapılan duruşma 60. maddenin anladığı mânâda aynı tahkikat değildir ve eski yemini hatırlatılarak şahidin ifadesine müracaat olunamaz (132). Eski hükümden evvel suçun hukuki mahiyetinin değişmiş olduğu maznuna bildirilmiş ise (md. 258), yeniden yapılan duruşmada da bu lâzımeğe uyulup uyulmaması gerekeceği münakaşalıdır. Alman Yüksek mahkemesi verdiği bir kararında (133) bildirmenin lüzumlu olmadığını kabul etmiş iken, daha sonraki kararlarında 258. maddenin daha sonra yapılan duruşmalarda da tatbik edilmesi kanaatindedir (134). İlk muhakemeye müdahil olarak kabul edilen şahsın yeniden yapılan duruşmadaki durumu münakaşalıdır. Bazı müellifler (135) eski müdahilin tekrar müdahale talebinde bulunması kanaatindedirler. Bunlara göre 338. maddenin 2. fıkrasına göre verilen karar, müdahilin dâva ile olan alakasını kesmiştir. Aksi fikirde olanlara göre (136), eski müdahil re'sen haberdar edilir ve müdahillik durumu yeni muhakeme için de mevcuttur. Ancak, bu fikirde olanlar bir incelik ileri sürerler; şayet müdahale talebi ilk hüküm tesis edilirken duruşmada ve şahsi hakların talebi gayesine

(129) KMR, 585.; RG. 35/410.

(130) Neumann, 183.

(131) ZStRW. 47/9.

(132) Schmidt, 1078.; Neumann, 186.

(133) RG. 57/10.

(134) RG. 58/52.; Aynı kanaat Löwe-Rosenberg. 20/903

(135) Hentig, 153.

(136) Neumann, 184.

matuf yapılmış ise, eski müdahilin yeniden müdahale talebinde bulunması lâzımdır. Çünkü muhakemenin iadesi ve yeniden duruşma yapılması kararı eski duruşmayı kaldırmıştır. Müdahale hakkı olan şahıs ilk muhakemeye müdahale etmemiş ise, yeniden yapılan muhakemeye müdahale edebilir. Yeniden yapılan duruşma şahsi dâva ile takip olunan bir iş ise, dâvanın maznunu, 357. madde şartları tahakkuk ettiği takdirde, karşılık dâva açabilir (137). Yeniden yapılan duruşmada dâvacı vazgeçer ve dâva da şahsi dâva yolu ile takip edilebilen bir iş ise, tarafların barışmaları halinde dâvanın düşmesine karar verilebilir (138). Yeniden yapılacak duruşmanın eski duruşmaya nisbetle muhakeme hukuku bakımından müstakil olmasının, şahit beyanlarınının 186, 216 ve 244. maddelere göre alınmış olması halinde okunup okunamayacağı hususunda değişik fikirler ileri sürülmektedir. Bazı müelliler bu zabıtların yeniden yapılan duruşmada okunamayacağı fikrindedirler (139). Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi ise, eski muhakemeyi yeniden yapılan son tahkikat bakımından bir ön soruşturma safhası olarak kabul etmekte ve bu zabıtların okunabileceği kanaatını muhafaza etmektedir (140). Yüksek mahkemenin bu fikri tenkit edilmektedir; yeniden yapılan duruşmaya nisbetle bundan önce yapılmış bulunan her muamele ön soruşturma değildir; bu mânâda bir ön soruşturma, yeniden duruşma yapılmasına ve muhakemeni iadesine karar verilmeden önce, dâva ile ilgili malzemenin toplanmasına mütedair yapılmış muamelelerdir. Eski son tahkikat ve duruşma, eski hükümün temelini teşkil eder. Bu sebeple önceki son tahkikatta yapılan muameleler yeni duruşma için ön soruşturma safhası olarak telâkki edilemez ve aynı sebeple eski muhakemedeki beyanlar da yeni duruşmada okunamaz (141).

Yeniden yapılan duruşma neticesinde mahkeme, duruşmadan edindiği kanaata göre yeniden bir hüküm tesis edecektir. Yeniden yapılan duruşma neticesinde mahkeme şu ihtimallere vasıl olabilir; muhakemenin iadesi verilmiş bulunan eski hükümden farklı bir hüküm tesis edilmesi için bir kanaat tahassülüne kifayet etmeyebilir. Bu halde mahkeme eski hüküm gibi hüküm tesis edebilir.

(137) Neumann, 184.; Karşılık Dava için bak. Önder, İHFM.

(138) JW. 1931/2860.; Löwe-Rosenberg, 20/903.

(139) Neumann, 186.

(140) RG. 2. CD. 5.12.1900.

(141) Neumann, 186.

Veya yeniden yapılan muhakeme ve ikame ve telâkki olunan deliller muvacehesinde mahkeme eski hükümden tamamen ayrı mahiyette bir hüküm tesis edebilir. Ancak bütün bu hallerde mahkeme eski hükümdeki cezadan daha fazla bir cezayı, 326. maddedeki şartlar gerçekleştiği takdirde veremeyecektir.

LİTERATÜR

- ANDERE : Rechtsmittel der Revision im Bundesstrafprozess. Diss.: Bern Solothurn, 1935.
- BELİNG : Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1928.
- BELİNG : ZStRW. 38/826.
- BENNECKE :
- BENNECK-BELİNG : Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts, Breslau 1900.
- BİNDING : Grundriss des deutschen Strafprozessrechts, Leipzig 1900.
- BİRKMEYER : Deutsches Strafprozessrechts, Berlin 1898.
- DALCKE-FUHRMANN-SCHAEFER : Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl. Berlin 1961.
- DESBİOLLES : Das Rechtsmittel der Revision, Diss. Zürich, Lachen 1940.
- DOHNA, Graf zu. : Das Strafprozessrecht, Berlin 1929.
- ERBS : Handkommentar zur Strafprozessordnung, Frankfurt 1950.
- EREM : Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1964.
- FİSCHER : Voraussetzungen und Beschränkungen der strafprozessualen Wiederaufnahme, Diss. Erlangen, Kallmünz 1934.
- GERLAND : Der deutsche Strafprozess, Berlin 1927.
- GLASER : Handbuch des Strafprozess, Leipzig Cilt I. 1883, Cilt II. 1885.
- HAHN : Materialien zur StPO. Berlin 1885/1886.
- HENKEL : JW. 1956/5g2.
- HENKEL : Strafverfahrensrecht, Köln 1953.

- HENTIG : Wiederaufnahmerecht, Heidelberg 1930.
 HIPPEL : Der deutsche Strafprozess, Marburg 1941.
 KANTAR : Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957.
 KMR. : Kommentar, 1953
 KNAPP : Die Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung nach dem Tode des Verurteilten, Diss. Tübingen.
 KUNTER : Ceza Muhakemesi Hukuku, I, II, III ve IV. basılar.
 KOHOLRAUSCH : Strafprozessordnung, 22. Aufl, Berlin.
 KRIES : Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Berlin 1892.
 LOHSING-SERINI : Osterreichisches Strafprozessrecht, Wien 1952.
 LÖWE-ROSENBERG : Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 19. Aufl. Berlin-Leipzig 1934.
 LÖWE-ROSENBERG : Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Aufl. Berlin 1958.
 LUCAS : Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Berlin 1905.
 MAYER : Über die Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozess, Geltendes und künftiges Recht, Diss. Tübingen, Breslau 1931.
 NEUMANN : System der strafprozessualen Wiederaufnahme, Berlin 1932.
 ÖNDER : CMU. Hukukunda Karşılık Dâva İHFM., XXX. sayı 1-2.
 ÖNDER : CMU. Kanunumuzun 22. maddesine göre Hâkimin dâvaya bakamayacağı haller. İHFM. XXXII, sayı 2-4.
 ÖTKER : GS. 65/453.
 PETERS : Strafprozess, Karlsruhe 1952.
 ROEDER : System des österreichischen Strafverfahrensrechts, Innsbruck 1951.
 ROSENFELD : Der Reichsstraßprozess, Berlin 1912.
 SCHMİDT : Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil I. Göttingen 1952, Teil II Göttingen 1957.

- SCHWARZ : Strafprozessordnung, Kurzkomentar.
München-Berlin, 1954.
- STÜCKLE : Die Wiederaufnahme im Strafverfahren.
Diss. Tübingen Ulm 1929.
- TLAPEK-SERINI : Strafprozessordnung, Wien 1960.
- ULLMANN : Lehrbuch des deutschen Strafprozess-
rechts, München 1893.
- WALTER : Die Wiederaufnahme des Verfahrens zu-
gunsten des Verurteilten, Diss. Erlangen
1929.