

ASKERİ MUHAKEME USULÜ

Yazan : *Ord. Prof. Vasfi Raşid SEVİG*

İnsanlık iki çeşit muhakeme usulü tasavvur eylemiş ve tatbik etmiştir; Tarihin muhtelif safhalarında bu iki muhakeme usulünden bazan biri, bazan diğeri tatbik edilmiştir. Dâvanın bütün faaliyetlerini bir elde: Yargıcın elinde toplayan usule engizisyon muhakeme usulü adı verilir. Lûgat mânası tahkik demek olan engizisyon usulünde iddia, müdafaa ve tahkik faaliyetleri Yargıcın elindedir. Bu usulde hem dâvacı ve hem Hâkim olan yargıç öğrendiği suçları kimse tarafından bir istek gösterilmeden yani bir dâvacı dahi çıkmadan re'sen tahkik eder, suçluyu muhakeme eyler ve dâvada taraf bulunmadığı için taraf vaziyetinde bulunmayan suçlunun müdafaasını da kendisi üstüne alır. Yazının söze üstün tutulduğu Engizisyon muhakeme usulünde her şey gizlidir; aleni hiçbir şey yoktur ve Hakimin delilleri takdire yetkisi yoktur; delilleri kanun takdir eder. Yargıcın suçu tahkik ve suçluyu muhakeme edebilmesi için bir dâvacının mevcut olmasını şart koşan yani Hakim ile davacıları birbirine karıştırmayan ikinci usulde muhakeme, iki taraf arasında bir kavga (husumet) şeklinde cereyan eyler. Muhakeme bu kavganın hakim huzuruna götürülmesinden ve hakim önünde yapılmasından ibarettir. Eski istilahlarımızda "Sebk-i Dâva prensibi,, adıyla anılmış olan bu usulde bir davacının davalıyı bir suç ile itham eylemesi, yani suçlandırması lâzımdır; bu sebeptendir ki ithama dayanan bu usulde bir iddianın (geçmesi ve yapılması mânasına olmak üzere) "Sebk,, eylemesi iktiza eder. Sebk-i Dâva yani bir davacının çıkmış ve bir iddianın yapılmış olması usulünde tarafların menfaatleri ve faaliyetleri hususiyle delilleri toplamak hususundaki faaliyetleri davanın gayesine göre tanzım edilir ve kullanılır. Bu usulde tarafların üstünde duran Yargıcın rolü hükmü vermektan ibaret kalır. Bugün hukuk âleminde kabule mazhar olan usul Sebk-i dâva usulüdür. Askerî Ceza Muhakemesini Mülkî Ceza Muhakemesine hakim prensipler üzerinde kuran Askerî adalet, ilhamını ve usullerini geniş bir ölçüde Sebk-i Dava prensibinden almaktadır ve itham etmek, yani dâva açmak görevi ile hüküm vermek görevini birbirinden ayırmaktadır. Bundan başka suçlunun da taraf olmak vaziyetini kabul eylemektir.

Bir davanın açılmış olmasının lâzım görüldüğü muhakeme usulünde muhakeme sıkı bir tarzda tanzim edilmiş şekiller içinde geçer. Davanın temerküz eylediği duruşmalara şifahilik ve alenilik prensibi hakim olur; yani söz yazıya ve açıklık gizliliğe üstün tutulur. Delilleri kanun takdir etmeyip hakim serbestçe takdir eyler. Bu arzedilen prensipler iki muhakeme usulü arasındaki farkları teşkil eder ve muhakemeye şeklini verir. Muhakeme usulüne şeklini veren prensipler her halde usulün herhangi bir maddesi ayar ve kıymetinde tutulamaz. Bununla beraber birer ayrı yol: Yargı yolu teşkil eden bu iki muhakeme usulü, bu iki muhakeme yolu gayede birleşirler. Her ikisi de suça karşı gösterilmesi lâzım olan tepkiyi, umumî menfaat namına yaratmağa uğraşırlar; her ikisi de cemiyetin “emr-ü temeddünde bekasını,, sağlayacak yani medenî halde kalabilmesini sağlayacak bir müeyyide olan ceza kanununun tatbikini emniyet altına almak suretiyle istenilen tepkiyi yaratmağa uğraşır. Her iki muhakeme usulünün müşterek olan gayeleri her iki muhakeme usulüne, daha umumî bir tabir ile herhangi bir muhakeme usulüne iki ana fikri hakim kılacağını Alman Temyiz Mahkemesinin âlim üyesi Hellweg ceza muhakemeleri usulü kanununa dair yazdığı eserin önsözünde bildirir. Taşdığı ismin mânası “aydınlık yol,, demek olan Hellweg’in dehasının aydınlattığı muhakeme yollarında rehberlik eden bu iki ana fikirden birinin cinayetleri takip etmeğliğin devlet için bir hak ve bir vazife olduğu, diğerinin de ceza muhakemesinde bütün işin maddi hakikati meydana çıkartmaktan ibaret bulunduğu. İnsanlığı ilk şekli ile şahsî davacının dava açması lüzumuna dayanan sebk-i dava usulünden re’sen tahkik usulü olan engizisyon usulüne geçirten sebep; kuvvetli bir hasmın karşısında hakkını aramağa korkan davacıların haklı korkaklıkları yüzünden bozulan asayiş ve hakim olan emniyetsizliği durdurmağdır. Bunun için devletin cinayetleri davacısız dahi takip etmek vazifesi olduğu fikri doğdu ve bu vazifeye mesnet olarak İncil’in Habil’in kardeşi eliyle dökülen kanının göklere “intikam!,, diyerek yükseldiğini bildiren âyeti alındı; her dökülen kan Habil’in kanı gibi vicdanları “intikam!,, diye yalvarışları ile harekete getirir; orada tepkiler uyandırır ve vicdanları davacı kılar.

Engizisyon muhakeme usulünden tekrar sebk-i dava usulüne, Fransız dehasının armağanı olan müddeiumumilik müessesesi sayesinde dönülebildi; şahsî davacı yerini umumî davacıya bırakmıştı. Kahramanlık fertlerden istenmekten vaz geçilmiş müesseselerden istenmişti.

Hocamız Esmein’in Ceza Muhakemeleri usulü tarihine ait yazdığı ve her eseri gibi bir şaheser olan meşhur eserinde bir yargı yolundan diğer yargı yoluna geçişler çok güzel ve çok etraflı bir tarzda anlatılmış-

tır. Bugün dahi ceza muhakemeleri usulü kanunlarını, her iki yolu da takibe mecbur bıraktıran, yukarıda her ceza muhakeme usulüne hakim olduğunu bildirdiğim iki ana fikrin doğurduğu zaruretlerdir. Bütün muhakeme usulü yalnız bu iki hakim ana fikrin ışığı altında anlatılabilir. Birinci ana fikre çok sıkı bir tarzda bağlı olan ikinci ana fikir muhakemeden keyfiligi kaldırır. Vak'aların objektif binaenaleyh doğru bir tarzda arzını isteyen, yani meselenin maddî bir hakikat şeklinde arzını isteyen ikinci ana fikir yalnız takipte keyfiligi bertaraf eylemekle kalmaz; aynı zamanda hükme mesnet olacak, gerekçe teşkil edecek maddî meselelerin de kabulünde keyfiligi bertaraf eyley¹. Muhakmeden keyfiligi bertaraf etmek hususundaki esaslı gaye daima davanın bütün safhalarında göz önünde tutulmuştur; bazı safhalarda engizisyon usulünün takip edilmesi gayeye varmak için daha elverişli bulunduğu gibi askerî zaruretler de sebk-i dava prensibini mülki ceza kanununda kabul edildiği derecede kabule imkân vermemiştir. Ceza takibatını yapmak devletin evvelâ vazifesidir. Binaenaleyh mülki ceza muhakeme usulünde Müddeiumumi, askerî muhakeme usulünde adli âmir işlendiğini öğrendikleri bütün suçları devlet namına takip eylemeğe mecburdurlar; buna takibin mecburî olması prensibi,, deniyor ki zıddı takibi müddeiumuminin veya adli âmirin ihtiyarına bırakan ve "takibin münasip olup olmayacağına takdire bırakılması,, adıyla anılan prensiptir.

1 Yapıtaımızın birçok bozmalari hükmün gerekçesini teşkil eden maddî meselelerin keyfi olarak doğru addedilmiş olması sebebine dayanır. Meselâ: "Mağdur ve şahitlerle sanığın tahkikatın başka başka safhalarında birbirine uymayan beyanları bulunmasına ve mağdurun 24.5.1951 günlü istidasında kast eseri olmayıp kaza neticesi vukubulduğu ileri sürülmüş olmasına göre bütün bu hallerin hüküm yerinde tahlil ve münakaşa edilmesi ve hangi şahitlerin hangi safhadaki sözlerinin hükme mesnet tutulduğunun ve tercihi sebebinin açıklanması icap ederken ve ceza muhakeme usulü K. nun 260 ve 308 nci maddeleri hükümleri göz önünde tutulmazsınız karar verilmiş olması yolsuzdur., (I nci Ceza Dairesi 2.4.953, Esas 646, karar 1296). Usulün 260 ncı maddesi "hüküm gerekçesinde suçun kanunî unsurları olmak üzere sabit ve muhakkak addedilen vakıaların gösterilmesini,, emreder.

Yine meselâ: "Şahidin evvelce tesbit olunan şahadetinde, sırtında gocuk bulunan bir şahsı görse tanıyamıyacağını beyan etmiş olmasına göre böyle tanıyamıyacağını tasrih etmiş olduğu bir şahsı kat'i şekilde teşhis eder görünmesine itimad olunamıyacağı ve bir de mağdurun failin lâcivert ceketi olduğunu söylemesine mukabil bu beyanla tamamiyle tezdad teşkil edecek şekilde sırtında gocuk bulunmasını ifade etmesi itibariyle de şahadetin muallel olduğu; şahidin oğlu da hâdiseye tekaddüm eden saatlerde babası ile beraber bulunduğu kahveye gelen şahsın babası tarafından yakalattırılan şahıs olmadığını şahadetinde tasrih etmiş olduğundan şahidin ifadesi esaslı surette zaafa uğramıştır., (I nci Ceza Dairesi 12.8.1953, Esas 1832, karar 2518).

Ceza takibatında bulunmak devletin hakkı olunca dava açmak hakkı da yani bir kimseyi bir suç işlemiş olmakla itham edebilmek hakkı da devletin inhisarındadır. Bu işi devlet namına mülki ceza adaletinde müddeiumumî, askerî ceza adaletinde adli âmir yapar ve dava açmak onların inhisarında bulunur; buna "ithamın inhisar altında bulunması, dava inhisarı,, prensibi adı verilir.

Dava açmak hakkı müddeiumumînin veya adli âmirin inhisarında olduğundan suçtan zarar gören şahsın dava açmak hakkı yoktur; yalnız müddeiumumîden veya adli âmirden kendisine zarar veren suçlu hakkında dava açılmasını istemek hakkı vardır. Eğer müddeiumumî bu isteğe müsbet cevap vermez ise mülki ceza adaletinde mağdur müddeiumumînin kararına karşı, onun mensup olduğu ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesine itiraz eder. Suçtan zarar görenin kendisine zarar vermiş suçlunun ceza tabikatına uğratılmasını isteyen dileğini adli âmir red eyler ise mağdur üst adli âmir nezdinde itiraz edebilir (Madde 86, No. 6) ve adli âmirin muhakemenin men'ine dair vardığı kararları mağdur evvelâ üst adli âmir nezdinde itiraz edebilir; üst adli âmir itirazı red eylediği takdirde askerî temyiz mahkemesi nezdinde itiraz eyler (Madde 126 No. 2).

Muhakeme usulünün Sebk-i dava prensibine dayanmış olması takibatın iddianamede tasrih edilmiş olan fiile ve şahsa münhasır olmasını iktiza ettirir. Mülki ceza muhakeme usulü 172 nci maddesinde bu hakikati ifade eder: "İlk tahkikatın açılması lüzumuna dair Cumhuriyet müddeiumumîliğince tanzim edilecek talepname maznunun kim olduğunu ve kendisine isnat olunan suçun neden ibaret bulunduğunu ihtiva eyler." "Son tahkikatın açılmasına dair verilecek karar da sanığa isnat olunan suçun neden ibaret olduğu ve bu suçun kanunî unsurları ve tabiki icabeden kanun maddesini ihtiva eyler" (Madde 200). Adli âmirin son tahkikatın açılmasına dair vereceği kararla bu karara müsteniden tanzim edilecek iddianame de aynı şeyleri ihtiva eyler.

Mülki ceza muhakeme usulü kanununun 257 nci ve askerî ceza muhakeme usulünün 188 nci maddelerinde "Hükmün mevzuu duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibaretir." denmiş olmasına göre iddianamenin, verilmesinden sonraki takibat safhalarına temel teşkil eylediği ve suçu vücade getiren fiilin hudut ve şumulünü tesbit ettiği aşikâr olur: "Mahkemenin hükmüne esas ittihaz edeceği fiil 257 nci madde mucibince iddianamede gösterilen fiil bulunmasına ve her ne kadar mahkeme fiili tavsifte iddia ve müdafaa ile mukayyet değilse de vaki tavsifin dahi kamu davasının mevzuunu teşkil eden fiile mahsur ve münhasır olup kamu davası açılmayan ve yargılanmakta olan fi-

le tekaddüm eden fiile teşmil edilemez.” (Temyiz Ceza Mahkemesi Umumi Hey’etinin Reşit Mercan dâvasında verdiği karardan). “Esas hakkındaki iddiada A ya karşı silâh atmaktan dolayı sebk-i dava mevcut değil iken hakkında 466 ncı madde ile ceza tayini yolsuzdur” (Temyiz Birinci Ceza Dairesi 17.3.1953. Esas 1114, karar 918).

Bu izahlardan iddianamelerin yazılışlarının çok açık olması icabedeceği kendiliğinden anlaşılır. Fakat muhakemenin ilk gayesi olan hakikatin meydana çıkartılabilmesini sağlamak için sebk-i dâva prensibinin icap ettireceği neticeler hattâ hüküm safhasında dahi sonuna kadar ele alınmamıştır. Ceza takibatı âmmeye, kamuya ait bir iş olduğundan onda taraflar hukuk dâvalarında olduğu gibi tasarruf edemezler; kamu davasında tarafların feragat edebilecekleri, ve takibinden vaz geçebilecekleri bir haktan bahsolunamaz. Hâkimin hakikati aramak kudreti ve vazifesi vardır; bulmakla ödevli olduğu hakikati lüzumunda tarafların kendisine tevdi eyledikleri vasıtalarla da meydana çıkarabilir. Fiilin hukuki takdirinde yani tavsifinde ve cezanın tayininde yargıç iddianın mütalâasıyla bağlı değildir. İddianamenin verilmesinden sonra artık işin takibi ne müddeiumumînin, ne de adli âmirin tek taraflı takdirine bağlı olarak kalmaz.

Hakimin vazifesi hakikati meydana çıkartmak için lehe ve aleyhe olan delilleri tarafların taleplerine rağmen dahi toplamak olduğuna göre hakim son tahkikatta davacı, müdafî ve yargıç sıfatlarını şahsında toplamış ve böylece engizisyon muhakeme usulü usulde kısmen yer almış bulunuyor: “Mahkeme kendiliğinden şahit ve Bilirkişi celbini ve başkaca sübut sebeplerinin ihzar ve iradını emredebilir.” (Mülki ceza muhakeme usulü madde 237/4; Askerî ceza muhakeme kanunu madde 170/2).

Binaenaleyh eski engizisyon muhakeme usulü ile bugünkü sebk-i dava prensibine dayanan muhakeme usulü arasındaki esaslı fark bugünkü muhakeme usulünün iddia ve müdafaa için özel organlar ihdas etmiş olmasından ibaret kalır. Böylece iddia da, müdafaa da duruşmaya lâzım olan delillerle mücehhez ve müsellâh olarak gelirler ve duruşma esnasında delilleri tamamlamak için taleplerde bulunarak bizzat harekete geçebilirler. Mülki ve askerî ceza muhakemeleri kanunlarının yukarıda arzedilen 237 ve 170 nci maddeleri mahkemenin vukubulan talep üzerine de sübut sebeplerini ihzar edebileceğini yazar. Böylece duruşmayı yapan mahkemenin engizisyon faaliyetine pek az da olsa yine de yer kalmış oluyor. Duruşma mahkemesinin, tarafların faaliyeti ile makûsen mütenasip (Ters orantılı) olan faaliyeti hakikatte önüne getirilen delilleri tetkikten ve hükmünü vermekten ibaret kahr.

Davanın ilk safhasında yani duruşmaya tekaddüm eden ve duruş-

mayı hazırlayan hazırlık ve ilk tahkikat safhalarında engizisyon prensibi bütün saflığı ve berraklığı ile, cereyan eyler. Adli âmir organları olan adli subay ve askeri hâkimlerin yardımıyla veya onların vasıtasıyla bütün takibatı sevk eder; hususile tahkik memuru “Sanığın yalnız aleyhine olan hususları değil, lehine olan cihetleri de arar,, ve müdafaanın hazırlanması için lâzım olan bütün delillerin meydana çıkmasına çalışır.

Duruşmaya tekaddüm eden safhalar tamamiyle adli âmirin elinde temerküz etmiş bulunmasından bu safhalarda sebk-i dava usulü bahis konusu olmaz. Mülki ceza muhakeme usulü kanununda hattâ hazırlık tahkikatında alınacak ve fakat zabıt ve arama ve tevkif gibi maznunun veya üçüncü şahısların hürriyetlerine ve şahsi haklarına ağır bir teaddi teşkil edecek olan tedbirlerin alınması adli bir karara bağlı kılınmış olduğu halde askeri sanık bu teminattan mahrum bırakılmıştır. Askeri ceza muhakemelerinde arama, müsadere ve tevkif kararlarını adli âmir verir (Askeri ceza muhakeme kanunu 103, 104, 120). Bu hususta mülki ve askeri usullerden hangisinin daha isabetli olduğunu ileride izah edeceğim.

Sebk-i dava usulünün hakim olduğuna delâlet eden en güzel hal sanığın engizisyon usulünde olduğu gibi delil olarak kabul edilmeyip suçun isbat vasıtası kılınmayıp taraf kılınmış olmasıdır. Engizisyon muhakeme usulünde sanık suçun delilidir; Bu sebepten ikrarı aranır ve o ikrarın elde edilebilmesi için kendisine birçok işkenceler yapılır. Halbuki sanığı taraf olarak kabul eden sebk-i dava prensibinde sanık iddia makamının karşısına müsavi haklarla mücehhez olarak çıkar. İlk sorgusunda itham edildiği suç kendisine bildirilir: “Sorgunun iptidasında kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu maznuna bildirilir,, (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 135, Askeri muhakeme kanunu madde 102/2). “Maznuna kendisine isnat edilen suç hakkında cevap vermek isteyip istemediği sorulur,, (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 135); “Sorgu maznunun kendi lehine olup söyleyeceği delillere mani olmamalıdır.” (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 135, askeri ceza muhakeme usulü kanunu madde 102/8). “Yani sorgu sanığa, aleyhindeki zanları dağıtabilecek ve lehine olan vak’aları kıymetlendirebilecek imkânları verebilecek şekilde yapılmalıdır.

Cürmün cismini tesbite matuf muamelelerde maznunun hazır olmasını takyit eden hususlar askeri ceza muhakeme usulü kanununun 94 ve 95 nci maddelerinde zikredilmiştir. Mülki ceza muhakeme usulü kanununun 162, 186, 187 ve 189 ncu maddelerinin sağladığı karşılıklı münakaşa sistemi askeri ceza muhakeme usulü kanununda çok hafif ve sönük bir hal alır. Askeri ceza muhakeme usulü kanununun 207 nci

maddesi sanığa, hazırlık ve ilk tahkikatın sonuna kadar bir müdafiiin yardımından mahrum bırakır; 208 nci maddesi de, adli âmirin sanık ile müdafiiin muhaberelerine müdahale eylemesine imkân verir; halbuki mülki ceza muhakeme usulü kanunu iddiayı temsil eden hukukçu memur ile sanığı müsavi bir hale getirmek için sanığın bir müdafiiin yardımından istifade eyliyebilmesine daha geniş imkânlar verir. Her halde askerî ceza muhakeme usulü kanunu da sanığa deliller hakkında talepte bulunmak, hususiyle şahit ve bilirkişi celbetmek hakkını bahşeyler (Askerî ceza muhakeme usulü kanunu madde 171/2): “Sanık müdafii keşif talebinde bulunmuş olmasına göre bu talebin kabulü ile şahitlerin vak’a yerinde dinlenmesi ve şahadetlerinde vaki fark sebebinin araştırılması ve neticede suçun vasıf ve mahiyetinin ve sanığın kanunî durumunun tayin ve takdiri lâzım gelir iken kanunî sebep gösterilmeksizin talebin reddi yolsuzdur (Yargıtay 1 nci ceza dairesi 14/3/1953, esas 151, karar 998). “Şahitlerin sanık tarafından huzurunda dinlenmeleri istenilmiş olmasına göre şahitlerin mahkemeye celbedilerek şahadetlerine müracaat edilmesi ve mübâyin noktaların telifine çalışılması ve neticede delillerin takdiri lâzımdır (Yargıtay 1 nci Ceza Dairesi 23.4.1953. Esas 920, karar 1028).

Gerek delillerin iradı esnasında, gerekse duruşmanın nihayetinde maznundan da şahadete karşı ne diyeceği sorulmalıdır: (Askerî ceza muhakeme usulü kanunu, madde 168, 182). “Suçlunun aleyhindeki şahadete karşı müdafaasının dinlenmemesi yani bir diyeceği olup olmadığının sorulmaması yolsuzdur” (1 nci Ceza Dairesi 11.4.1951. Esas 784, karar 756).

Muhakeme usulünün en esaslı kısmını, bütün muhakemenin ağırlık merkezini son tahkikat yani duruşma teşkil eder. Duruşma şifahidir. Muhakeme usulünde, sözlü demek olan şifahiden anlaşılan mâna evvelâ iddia ve müdafaanın yani tarafların taleplerinin nutuk halinde ve serbest bir cevap şeklinde sözlü olarak beyan edilmesi ve taleplerin gerekçelerinin sözlü olarak bildirilmesidir. Sonra da şahit ve bilirkişilerin mahkemede taraflar huzurunda şifahî olarak dinlenmeleridir. Engizisyon muhakeme usulünde bütün deliller bir dosya halinde gözüktür; şifahiliği icabettiren sebk-i dava usulünde deliller hakime, bir dosyanın vasıtasından geçmeksizin doğrudan doğruya arz olunur.

Muhakemenin doğrudan doğruya yapılması yani vasıtasızlık prensibi muhakemenin sözlü olması esasına bağlıdır. Sözlülük bir konuşmanın canlılığını taşır ve konuşmanın verdiği tesiri taşır. Duruşmada tarafların huzuru sanığı ihtiras ve hataya kurban gitmekten korur; müdafaanın en büyük vazifesi de sanığı ihtiras ve hataya kurban ettirmemektir.

Duruşmalarda tarafların huzuru onlara delillerin ve önemli hallerin mahkemeye arzedeceği hakkında kanaat verir.

Muhakemenin hakim tarafından vasıtasız olarak yapılması hakirî vasıtaların şahsi ve indî fikirlerine bağlanmaktan korur, hakime ilgilileri bizzat görmek ve işitmek imkânını sağlar; bizzat müşahede eylemek imkânını verir; hakikati araştırmakta, doğruya varmakta tasavvur edilebilecek olan teminatı verir: “Kamu tanığının şahadetlerinde isimleri geçen kimselerin dinlenerek tahkikatın ikmâli lâzımdır” (1 nci Ceza Dairesi 11.4.1951. Esas 784, karar 756).

Askerî ceza muhakeme usulü kanunu da sözlülük prensibine son derece riayeti intaç eyliyecek hükümleri ihtiva eyler: “Mahkeme hükmünü duruşmadan doğrudan doğruya hasıl ettiği intibaa göre verir” (Askerî ceza muhakeme usulü kanunu madde 188). “Şahitler doğrudan doğruya dinlenir, kaide olarak evvelki beyan okunmakla iktida edilmez.,, (Askerî ceza muhakeme usulü kanunu, madde 176, 177).

Sanık duruşmada hazır bulundurulur (Askerî ceza muhakeme usulü kanunu madde 157). Gıyapta mahkeme olmadığı gibi gaip aleyhine de mahkeme yapılamaz. (Askerî ceza muhakeme usulü kanunu, madde 213). Yalnız gaibin hakkında mahkemeye gelmesini sağlayacak bazı tedbirler alınabilir. Askerî ceza muhakeme usulünün 152 nci maddesi hükme iştirâk edeceklerin duruşmada ara vermeksizin hazır bulunmuş olmalarını emreder. Askerî ceza muhakeme usulü kanununun 155 nci maddesinde mahkemenin faaliyetini mütecanis ve muntazam bir küldে toplamak gayesile duruşmaların sekiz günden fazla tehirini caiz görmez.

Duruşmadan evvel yapılmış olan her şey hazırlayıcıdır; bu itibarla hüküm üzerinde tesiri, nazari olarak yoktur. Kanun, davanın ağırlık merkezinin son tahkikattan (duruşmadan) alınıp ilk ve hazırlık tahkikatlarına götürülmemesi için birtakım hükümler koymuştur; bu sebepten kanun hazırlık ve ilk tahkikatların âmme davasının veya son tahkikatın açılmasını haklı göstermeğe veya adli tahkikata mahal olmadığına kifayet edecek dereceden daha ileri götürülmemesini istemektedir (Askerî ceza kanunu madde 86, No. 5 ve madde 97).

Mahkemeyi tahkikatı yapan adli hakimnin tesiri altında bırakmamak için şahit ve bilirkişiye verilecek yeminin duruşmaya talik edilmesi esas ise de bu hususta bizim askerî ceza muhakeme usulümüz ebsemdir (sakit). Mülki ceza muhakeme usulü kanunu 59 ncu maddesinde “hazırlık tahkikatı sırasında şahitlere yemin verilemeyeceğini” açıkça söyler. Askerî muhakeme usulünde hazırlık ve ilk tahkikatlar aynı adli âmirin elindedir. Her halde mülki ceza muhakeme usulü kanunu mahkemeyi, şahitlere ve bilirkişilere evvelce bir hakim tarafından verdirilmiş yemi-

nin tesiri altında bırakmamak için duruşmada tekrar yemin verdirilmesini âmir bulunmaktadır: “usulün 60 ncı maddesi hükmü aynı tahkikat sırasında tekrar dinlenecek kimselerden evvelce etmiş oldukları yeminin hatırlatılacağı merkezinde olup ilk tahkikatta yemin etmiş olanların duruşmada tekrar yemin etmeleri lâzım gelir.” (Temyiz Umumi Ceza Hey’eti 24.3.1930, karar 55).

Duruşmaya, hazırlık ve ilk tahkikatı yapmış kimselerin katılmamasını emreden hüküm aynı endişeyi taşır: ne adli âmir, ne tahkikatı yapan adli hakim, ne suçu ihbar eden disiplin âmiri hakimler hey’etine katılamazlar (Mad. 62, D bendi).

Sözlülük mahiyeti itibariyle son tahkikatta yani duruşmada özel bir önem alır. Gerçektir ki hazırlık tahkikatını veya ilk tahkikatı yapanlar da sanık ve deliller ile doğrudan doğruya temasa gelirler ve onlarla sözle münasebette bulunurlar. Fakat hazırlık tahkikatında olsun, ilk tahkikatta olsun bu sözlü temaslar önem arzetmez; önemi bu sözlü temaslarn kâğıt üzerinde tesbitleri arz eyler. Çünkü son tahkikatı hazırlamaktan başka bir gayesi olmayan bu sözlü temaslarn bu itibarla haddizatında bir kıymet taşımıyacakları aşikâr olur. Çünkü hazırlık tahkikatı ve ilk tahkikat adlarını alan ve bir ihtimam içinde yapılan bu ince tahkikler çok zaman delilleri mahkemeye tamam olarak arzetmek için lâzım gelir; bu sebeple gayesi mevcut delilleri bulmak ve onları süzgeçten geçirmektir, cürmün cismini tesbittir; anî olarak tesis ve tesbit edilebilmelerine imkân olmayan ve tesis ve tesbit edilebilmeleri için yazıya veya diğer resim ve plân gibi hatlara ihtiyaç gösteren hal ve şartlara hâkimin vakıf olabilmesine imkân vermektir. Bu sebeplerden ilk tahkikat tekâsüf ve temerküz ettirilmiş bir tahkikat olamaz; ilk tahkikat bir kül değildir, münferit işlemlerdir. Bu münferit işlemlerin neticelerini takdir edebilmek ve o münferit işlemlerden lâzım gelen sonuçları çıkartabilmek için onları yazı ile bildirmek ve ifade eylemek lâzım gelir. Bu sebepten askerî ceza muhakeme usulü kanununun 92 nci maddesi her tahkikat muamelesinin bir zabıt varakasıyla tesbit edilmesini emreder; istisnası seferberlik ve seferî sayılan gemide yapılmışa mecbur kalınacak ilk tahkikat hakkında bahis konusu olabilir (Madde 99).

Delillerin serbestçe takdiri prensibi de sözlülüğe sıkı bir surette bağlı bir prensiptir. Çünkü yazınlık delilleri ve unsurları kâğıt üzerinde takdir ettirir ve binaenaleyh onların doğrulukla tartılmasına ve tahdit edilmesine imkân vermez. Delilleri ya kanun takdir eder, ya hakimlerin vicdanı takdir eyler. Delillere kıymetini kanun verince artık hakim o delilleri kâğıt paralar gibi üzerindeki kıymetlerle kabule ve meselâ iki şahitle bir adamı asmağa mecbur kalır. Delilleri hakim serbestçe takdir edin-

ce sanığın aleyhinde yirmi şahit de olsa asmaz ve lehine bir şahit de olsa onun şahadeti ile beraet ettirir. Binaenaleyh hakim delilleri serbestçe takdir eder demek, hakimın vicdanı hiçbir kanunî delil sistemi ile takyit edilemez demektir; ileri sürülen bir fiilin sabit olup olmadığını vicdanına ve kanaatine göre serbestçe tayin eder demektir: “Mahkemeler irad ve ikame edilen delilleri duruşma ve tahkikattan (son tahkikattan) edineceği kanaate göre takdir eder” (askerî ceza muhakeme usulü kanunu madde 186 ve mülki ceza muhakeme usulü kanunu, madde 254). Demek ki kanunî delil sisteminde hakim olan objektif haldir. Üstün bir vaziyete sokulan sübjektif unsura hem karşılık kuvvet olarak, hem de sözlülüğün icabı olan unutmalara karşı bir tedbir olmak üzere dünyanın her yerinde ceza mahkemeleri hey’et halinde kurulurlar; bizde de bütün askerî mahkemeler hey’et halindedir. Avrupa ceza muhakemeleri usulü kanunları sözlülüğün bir hataya sebebiyet vermesini daha fazla önleyebilmek ve maznuna verilmiş son teminat olarak suçlunun aleyhinde verilecek her kararda üçte iki çoğunluk ister. Ceza muhakeme usulleri kanunlarının kabul eylemiş oldukları bu esası biz askerî ceza muhakemeleri usulünün 193 ncü maddesinde ifade etmiş gibi olmuşuz; fakat yine de mutlak ekseriyet prensibini hakim kılmışız. Avrupa usul kanunlarının hakim kıldığı sübjektif kanaatin keyfi olarak teşekkül etmemesi veya o kanaatin mahkemede ve duruşmada irad edilmiş delillerden gayri bir kaynaktan alınmasına imkân verilmemesi için aldığı tedbirleri biz almamış olmakla beraber Temyiz mahkememiz, ceza mahkemelerinin kanaatlerini, ancak usulünde sevk ve idare edilmiş duruşmalara ve orada irad edilmiş delillere doğru bir tarzda istinat ettirmelerine titizlikle nezaret ediyor: “ancka tahkikat tamamlandıktan sonra delillerin takdiri ve suç vasfının tayini gerektiğinin düşünülmesi lâzım gelir iken bu cihetten zuhul edilmiş olması yolsuzdur,, (1 nci Ceza Dairesi 11.4.1951. Karar 756, esas 784). “Deliller kendilerini her türlü hukukî kıymetten ve istinat kabiliyetinden tecrit eden hakikî mahiyetleriyle hüküm yerinde nazara alınmamak suretiyle hüküm tesisi yolsuzdur,, (1 nci Ceza Dairesi 12.8.1953. Esas 1832, karar 2518).

Bunlardan başka delillerin serbestçe takdiri prensibi kanun koyucusunu, delillerin doğru olarak irad edilmesini temin maksadiyle çeşitli delillerin araştırılma ve alınma tarzlarını teferruatıyla tayin ve tesbit eylemekten alıkoymamıştır (Askerî ceza kanunu, madde 113-122).

Duruşma alenî olacaktır. Alenilik herkesin duruşmaya girebilmesi demektir. Sözlü olmayan bir duruşmanın alenî olmasında bir mâna kalmaz; bu itibarla duruşmanın alenî olmasında bir mâna kalmaz; bu itibarla duruşmanın aleniliği sözlülüğüne sıkı bir surette bağlıdır.

Muhakemeden maksat hakikati meydana çıkartmak ve ceza kanunu zahir ve sabit olan fiile tatbik etmek olduğuna göre hakikat duruşmanın mutlaka aleni veya mutlaka gizli olmasıyla bulunamaz. Bu itibarla alenilik bir muhakeme usulünün cevherini teşkil edemeyeceği ileri sürülmüştür. Alenilik olsa olsa yargıçların keyfi hareket edebilmelerini önler diyenler de vardır. Fakat aleniliğin en büyük faidesi siyasi; yani halkın adalete itimadını sağlaması hususunda temin eylediği faidedir. Almanya'da askerî mahkemelerin duruşmaları gizli idi. Kanunumuzun esası olan Alman askerî muhakeme usulü Raystag'da müzakere edilirken mebus Vindhorst: "Askerî muhakeme usulünde de alenilik kabul edilir ise askerî mahkemeler dahi mülki mahkemelerin verdiği emniyet ve itimadı verecektir,, demek suretiyle aleniliğin mucip olacağı en büyük faideyi ifade eylemiş oluyordu.

Aleniliğe zaruret haddini geçecek derecede yapılacak takyitler halk kitlesinde ceza mahkemelerine ve ona temas eden her müesseseye karşı bir itimatsızlık uyandırır ve uyandırdığı itimatsızlığı devam ettirir. Halkın böyle bir itimatsızlık duygusu taşıması ise devlet için lekedir ve itimatsızlığın ortadan kaldırılması — halk itimatsızlık göstermekte haksız dahi olsa — bir zarurettir. Duruşmanın aleni olması halkın itimatsızlığını gidermekte büyük bir rol oynar.

Bununla beraber askerî mahkemelerde tam bir aleniliğin yani neticesi olan duruşmanın ve verilecek hükmün gazete sütunlarında çıkabilmesinin mahzurlar yaratabileceği ileri sürüldü. Aleniliği kabul ettiren zaruretler usule ait bir zaruret olmayıp siyasi bir zaruret olmasından ötürü bu siyasi zaruret değiştikçe aleniliğin şekil ve şumulünün de değişebileceği askerî mahkemelerde duruşmaların aleni olmasına muhalif olanlar tarafından ileri sürüldü. Askerî sahanın himaye edeceği menfaatlerin mülki sahada muhafaza edilecek menfaatlerden çok daha kıymetli olması alenilik prensibinin askerî adalette daha mahdut, daha dar, daha mukayyet olarak tatbik edilebileceği iddia edildi. Askerî mahkemelerde tatbik edilecek hudutsuz bir alenilik ordunun mânevî kıymetini düşürmek suretiyle Millî Müdafaanın en önemli menfaatlerini ihlâl edebilir, dendi: "Disiplinin en önemli unsuru er'deki itaat duygusudur; üst'lerine karşı saygı hissidir. Ordunun en aşağı tabakalarında bulunan bir er'in: bu kitle içinde kaybolmuş ferdin ivazsız ve garazsız bir tarza sadakatle hizmet etmek hissini ve arzusunu duruşmaların aleni olmasıyla sarsmamalıdır; Er selâmetini ve hakkının istihsalini yalnız mensup olduğu ordu beklemelidir. Er selâmetini orduya yabancı olan ve kendisini hakimlerine ve üst'lerine karşı koruyabileceğini sandığı ordu dışı kuvvetlerde aramağa ve dava ile ilgisi olmayan bir müdafaa sistemine baş vurmağa sev-

keden muhakemelerin aleni olmasıdır. Erin bir incir çekirdeği doldurmayan davasının matbuatta önemle yazılmış olduğunu gören arkadaşları da sanık erin kötü ruhunun tesirine kapılmağa başlarlar”.

“Bir de bir üst’ün, bir subayın sanık olarak muhakeme edildiğini tasavvur edelim. Bu üst, bu subay sonunda beraet de etse; kendisine isnat edilen fiilin ehemmiyetsizliği sabit de olsa ast’larının buulnacağı bir duruşmada muhakeme olması onun itibarını kırar; ona karşı besledikleri saygıyı duruşmanın aleniliği kaldırıp yok etmiştir. Üst şahit olarak dinlense dahi ahlâkî kaidelerle kendisini pek fazla mukayyet görmeyen bir müdafî, duruşmanın sevk ve idaresini sanıktan şahide nakle muvafak olabilir; bunu müdafî yapmasa da hasım matbuat daha kolaylıkla yapılabilir. Üst’ünün ahlâkında iftiralara ve teaddilere uğramış olduğunu gören ast ordu ve üstleri hakkında duygularını mahkeme dışında gördüklerine mi yoksa mahkeme içinde gördüklerine mi uyduracağını tayin edemez ve bundan da disiplin büyük zararlar görür,,. Alman Harbiye Bakanı von Gossler aleniliğin aleyhinde olarak demiştir ki: “Mülki mahkemelerin önüne cezaya çarpılmağa müstahak olan hakiki caniler gelir; bunların gazete sütunlarında damgalanmaları büyük bir mâna ifade etmez; fakat daha ziyade bir inzibat meclisi teşkil eden askerî mahkemelere caniler gelmez; hakikatte bir suç olmayan ve yaparı vicdan önünde ah-lâksız telâkki ettirmeyen hizmet kusurları gelir; dahili talimata muhalif olarak oturmuş veya sigara içmiş veya kışlaya geç gelmiş olanlar gelir.”

Fakat ne olur ise olsun, çok kısa bir tarzda arzylediğim bu çok uzun münakaşanın akisleri ve tesirleri kanunda gözükmektedir: 161 nci madde kısa bir tarzda “mahkemede duruşma aleni olur” cümlesile tam bir alenilik prensibini koyduktan sonra kanun 165 nci maddenin bir numaralı bendinde bazı şahısların mahkemede bulunmaktan men edilebileceklerini kabul eylemek suretiyle prensibe ilk teaddiyi yapar:

“Kadınların, onbeş yaşını bitirmemiş olan çocukların ve hukuku âmmede memnuiyetle mahkûm olanların ve askerî mahkemenin haysiyetile mütenasip olmayan şahısların aleni duruşmada bulunmaları me-dedilebilir.”

164 ncü madde: “Duruşmada muvazzaf askerî şahıslardan, maznundan aşağı rütbede olanların hazır bulunmasına müsaade edilemez. Vak’adan müteessir olan askerî rütbesi ne olur ise olsun, duruşmada hazır bulunabilir. Fakat mahkeme disiplin sebeplerinden dolayı bunu da çıkarabilir” der. Von Marck mağdurun disiplin maksadile gizli yapılan duruşmadan çıkartılablmesini muvafık bulmuyor: “Bir üst’ün kötü muamelelerinin icabettirdiği bir mahkemede disiplini üst, mağdura yaptığı kötü muamelelerle zaten ihlâl etmiş bulunmaktadır; Mağdurun du-

ruşmada hazır olması zaten ihlâl edilmiş disiplini daha fazla bozamaz. Mağdurun duruşmada bulunması bir tazmin ve bir tarziyenin başlangıcını teşkil eder.”

Bu takyitlerden daha mühimmi 161 nci maddede zikredilmiştir: “Umumî âdâbı ve emniyeti muhafaza maksadiyle veya askerliğe bir zarar dokunması melhuz olması hasebile duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli olmasına mahkeme karar verebilir.” 161 nci maddenin birinci bendinde zikredilmiş sebeplerin ikisine mülki ceza muhakeme usulünde de rastlandığından bir itiraza mahal veremez; mülki ceza kanunu madde 373: “Duruşma aleni olur, ancak umumî âdâp ve emniyeti muhafaza maksadiyle duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli olmasına mahkeme karar verebilir”. Fakat duruşmanın askerliğe bir zarar dokunması melhuz olması hasebiyle gizli olması gizliliğe geniş bir imkân vermesinden ötürü birçok itirazlara yol verdi. Alman jenerallerinin hepsinin 1897 de imparatora verdikleri raporda duruşmaların tamam bir surette aleni olması aleyhinde birçok mütalâalar ileri sürmüş olmaları itiraz ve muhalefetleri arttıyordu. Muhakemelerin neşri memnuiyeti de aleniliğe vurulmuş bir darbedir (madde 165, fık. 2).

Mülki ceza kanununun 377 nci maddesinde gizliliği hafifleten bir hüküm de mevcuttur: “Gizli yapılan duruşmalarda mahkeme bazı kimselerin hazır bulunmasına müsaade edebilir”. Bu maddenin eşine Alman askerî ceza muhakeme usulü kanununun 165 nci maddemize tekaül eden maddesinin 2 nci bendinde rastlanır. Bizim askerî ceza muhakeme usulümüz ise gizliliği hafifleten bu hükmü almamış olmak suretiyle gizliliği daha sert ve mutlak hale getirmiştir.

İzah eylediğim prensiplere dayanan muhakeme usulünün şimdi her safhada nasıl cereyan eylediğini arz edeyim :

1. Hazırlık tahkikatı: Askerî yargıya tabi bir şahsa her ihbar veya şikâyet ya muvazzaf, yahut müstahdem şahıslar tarafından yapılır veya müstahdem ve muvazzaf şahısların gayn kimseler tarafından, meselâ müddeiumumiler vesair zabıta ve makam memurları tarafından yapılır. Bu tefrikin ameli kıymeti birinci halde silsilei meratibe riayet eylemek mecburiyetinin bulunmasındadır; ikinci halde doğrudan doğruya sanığın üstü makama müracaat edilebilir (Madde 82).

Ast'ın üste ihbar edilmiş veya üstün başka suretle öğrenmiş olduğu suç u adli bir takibe uğrayacak fiillerden ise üst, sanıklık sebeplerini ve delillerini ihtiva eden bir vak'a raporu hazırlayarak adli âmire verir (Madde 83, bend 2). Çünkü âmme dâvasının açılmasında teşebbüs hakkı adli âmirdedir.

Mülki ceza muhakemeleri usulü kanununun 153 ncü maddesi

“Müddei umumînin ihbar dolayısıyla veya herhangi bir suretle bir suçun işlendiğini sandırarak bir hali öğrenince hemen kamu davasını açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere işin hakikatini araştırmağa mecburdur” der. Askerî ceza muhakeme usulü kanunu da 86 ncı maddesinin 1 No.lu bendinde adli âmirin, işin hakikatini araştırmağa ve bu işle organlarını, yani bir adli subayı veya bir adli hakimi memur etmesini emreder: “Adli âmir bir ihbar ile veya herhangi bir suretle bir suçun vukuunu öğrenir öğrenmez, dava açılmasına lüzum olup olmadığına karar vermek üzere bir hazırlık tahkikatı yapılmasını emreder”. Arapça bir kelime olan tahkikat bir işin hakikatini araştırmak demektir. Yalnız adli âmir tahkikat işlerine bizzat iştirâk eylemeğe mezun değildir (Madde 86, bend 1). Tahkikatı mutlaka organı olan adli hâkim veya adli subaya yaptırır. Tahkikatı yapacak olan organ her çeşit araştırmaları ve ilk tahkikatı dahi yapabilir. Müddei umumî yalnız hazırlık tahkikatını yapabileceği halde adli âmir hem hazırlık ve hem de ilk tahkikatı yaptırabilir; ilk tahkikatın hazırlık tahkikatından esas itibarıyla farkı şahidin ve bilirkişilerin ilk tahkikatta yemin ile dinlenmelerinden ibarettir. Binaenaleyh adli âmirin organı olan zat elinde müddeiumumînin ve sorgu hakiminin haiz bulunduğu bütün kuvvetleri toplar (Askerî ceza muhakeme usulü kanunu, madde 90). Müddeiumumî ilk tahkikata ait bir muameleyi bizzat yapamayacağı halde adli âmir yapabilir: “Müddeiumumî ancak hakim tarafından yapılacak olan bir tahkik muamelesine lüzum görür ise taleplerini bu muamelelerin cereyan edeceği mahallin sulh hâkimine bildirir.” (Mülki ceza muhakeme usulü, madde 155). Mülki ve askerî iptidai tahkik usullerinden hangisinin daha üstün bir muvafakiyet sağlayabileceğini aşağıda arzedeceğim.

Askerî ceza usulü kanununun 90 ncı maddesi şu şekilde biter: “Aynı maksada binaen bütün makam ve müesseselerden malûmat isteyebilir. Adli ve askerî müstantikler vasıtasıyla istinabe yapar.” Mülki ceza muhakeme usulü kanununun 155 nci maddesi “adli müstantik,, gibi bir tâbir kullanmaz ve müddeiumumînin taleplerini sulh hakiminden isteyeceğini söyler. Kanaatimce “adli müstantik,, tâbirinden sulh hakimini anlamak daha isabetli olur. Askerî müstantik ise o, şüphesiz bir surette adli âmirdir. Binaenaleyh maddeyi şu tarzda okumak ve anlamak lâzımdır: “Adli âmirler ve sulh hakimleri vasıtasıyla istinabe yapar”. Mülki ceza muhakeme usulü kanununun 155 nci maddesi şu cümle ile biter: “Sulh hâkimi istenilen muameleye, işin vaziyetine göre kanunen cevaz olup olmadığını tetkik eder”.

Alman askerî ceza muhakeme usulü kanununun 90 ncı maddemi-ze tekabül eden 160 ncı maddesi de aynı cümle ile biter; neden ise biz

160 ncı maddeyi tercüme ederken son cümleyi almamışız. İstinabe talepleri kaide olarak adli âmir ile tahkike memur edilen organ tarafından müştereken imzalanır. Tahkike memur olan organ tahkik ile ilgili bulunan bütün vak'aları kaydeyleyler. Her tahkikat muamelesi için bir zabıt varakası tanzim eyler; önemi az olan tahkik muameleleri için de bir derkenar yazmakla (ki buna not almak deniyor) iktifa eyler (Madde 92).

Sanık ve müdafii her keşif ve muayenede hazır bulunabilir (Madde 94, bend 1). Yalnız sanık muvazzaf ve askerî bir şahıs ise vazifesini yaptığı bina içinde, tutuk ise tutuk bulunduğu bina içinde yapılacak keşif ve muayenede hazır bulunmağı isteyebilir (Madde 94, bend 4). Duruşmada hazır bulunamayacak olan şahit veya bilirkişinin de dinlenmesinde sanık ve müdafii keşif ve muayenede bulunabilmeleri hususunda carî kayıt ve şartlar içinde hazır bulunabilirler (Madde 94, bend 2). Bir de sanığın hazır bulunması şahitlerden birinin hakikate muvafık şahadet etmesine mani olacağından korkulursa o işte maznunun bulunmamasına karar verilebilir" (Madde 95).

Hazırlık tahkikatı son tahkikatın açılması veya mahkemenin men'i hususlarında bir karara varacağından bu kararı vermeğe elverecek derecede yapılmalı ve daha ileri gidilmemelidir. Unutulmamalı ki ağırlık merkezi muarazalı ve münakaşalı bir tarzda geçen son tahkikattır (Madde 97). Seferberlikte ve seferî sayılan gemide yazılı bir şekilde ilk tahkikat yapmaktan vaz geçilebilir. Her halde bu tahkikat kısaltılacak ve sür'atlendirilecektir (Madde 99).

Tahkikatta alınacak diğer çeşitli tedbirler şunlardır: 1. Sanığın sorgusu (Madde 100-102); 2. Geçici olarak askerî işten el çektirilmesi (Madde 103) ve geçici olarak tevkif edilmesi (Madde 104 ve sonra gelen maddeler); 3. Şahitlerin dinlenmesi (Madde 113-114); 4. Bilirkişilerin mütalâalarının alınması (Madde 115-117); 5. Keşif ve otopsi (Madde 118); 6. Zabıt ve arama (Madde 119-122). Bu hükümlerden şahit ve bilirkişilere ait olanların birçoğu duruşmada caridir. Burada yalnız şahitlerin yemin etmeleri zamanı hakkındaki düşünceleri kısaca arzedeğim :

Mülki ceza muhakemeleri usulü kanunumuzun 56 ncı maddesi "şahitler ayrı ayrı ve şahitlikten evvel yemin ederler" der. Yeminin istisnaen şahitlikten sonraya bırakılabileceği hali de şöyle ifade eyler: "icabında ve hele bir kimsenin şahit sıfatıyla dinlenmesi caiz olup olmadığına tereddüt edilir ise yemin şahitlikten sonraya bırakılabilir." Yeminin şahadetten sonraya bırakılmasını lâzım kılacak "icabı" takdirde hakim mutlak kudreti haizdir ve bu sebepten Alman temyiz mahkemesinin içtihadına nazaran bu icabın gerekçesinin ilâma yazılması lâzım olmadığı gibi icabın

gerçekçesinin bildirilmemiş olması da bozulmasını intaç eylemez. Yeminin şahadetten sonraya bırakılması sebebinin ilâmda gösterilmek mecburiyeti yok ise de sonradan şahide yemin verdirilmekten büsbütün vaz geçilmiş olduğu takdirde bunun sebebinin gösterilmesi tabiidir ki lâzımdır.

56 ncı madde şahidin yemin etmesini dinlenmesinden evvel ve dinlenmesinden sonraya bıraktırmak suretiyle yeminin eda vaktini iki tarza ayırıyor. Mülki ceza kanununun 56 ncı maddesinde kaide ve esas olarak kabul edilen dinlenmeden evvel yemin, Alman askeri ceza muhakeme usulünden kaldırılmış ve mülki ceza muhakeme usulünde istisna olarak kabul edilen yeminin dinlenmeden sonra yapılması askeri ceza muhakeme usulünde kaide kılınmıştır. Biz bu hususta kanunumuzun aslı olan Alman askeri ceza muhakeme usulünden ayrılarak mülki ceza kanununun koymuş olduğu prensibe bağlı kalmışız. Almanya'da "sonradan yemin,, usulünün "evvelden yemin,, usulüne üstün ve hukuki düşüncelere daha uygun olduğu hakkında geniş kanaatler belirniştir; askeri düşünceler de "sonradan yemin,, usulünü "evvelden yemin,, usulüne üstün kılar. Her şahitte evvelâ hakikati sağlamak temayülü gözükür; sonra diğer şahitler dinlendikçe ve hakikat yavaş yavaş meydana çıktıkça doğruyu söylemeğe başlar. Her halde birbirleriyle yüzleştirilecek olan şahitlerin yeminlerinin yüzleştirmeden sonra eda ettirilmesi çok daha muvafıktır. Yargıtay'a gelen bütün dosyalarda şahitler arasında gözükürken ve telifi mümkün olmayan tenakuzlara ve hakikatin meydana çıkmamasına "evvelden yemin,, usulünün sebep olduğuna bence kanaat vardır. Evvelden yemin şahidi eski ifadesinde ısrar ettiriyor.

Tahkiki yapan adli hakim ilk tahkikatın bittiğine kanaat hasıl eder ise (Madde 97) dosyayı adli âmire tevdi etmekle beraber neticeye dair sözlü veya yazılı olarak mütalâasını bildirir (Madde 123). Adli âmir munzam bir tahkikat daha yapılmasını emredebilir (Madde 124). Adli âmir tahkikatın neticesine göre sanığın ceza takibine uğratılıp uğratılmayacağına karar verir (Madde 125). Sanığın, tahkikattan sonra takip dışı bırakılması onun icabında disiplin cezasına çarptırılmasına mani olmaz; Alman içtihadına göre sanığa disiplin cezası, hattâ beraetinden sonra dahi verilebilir. Eğer adli âmir, askeri yargıya tabi sanık hakkınca ceza takibini istilzam edebilecek kâfi emareler teşkil edecek vak'aların mevcut olduğunu görür ise, bizim kanunumuzun tabiri veçhile son tahkikatın açılmasına karar verir (Madde 129).

Ceza takibini istilzam eden halleri takip etmek mecburiyeti (takibin mecburî olması prensibi) adli âmiri ceza takibi yapıp yapmamakta

muhtar bırakmaz. Tabii 131 nci maddenin bahseyletiği disiplin cezasının verilmesiyle kifayet edileceği halleri burada nazara almıyorum.

Son tahkikatın açılması kararı arzetmiş olduğum gibi müteakip usul muamelelerinin temelini teşkil eder ve suçluya isnat edilen fiilin hudut ve şümulünü tesbit ve tahdit eyler.

Sanığın suç ile ithamı son tahkikat kararının ona tebliği ile başlar ve artık sanığın muhakeme edilmesi mecburi olur (Mad. 139).

Burada son tahkikatın açılması kararı hakkında biraz izahat vermek isterim :

İlk tahkikata tabi işler hakkında ilk tahkikat iki derece olarak yapılır: Birinci dereceyi sorgu hakimi dediğimiz müstantik teşkil eder. İkinci dereceyi de bir mahkeme teşkil eder. Fransa'da, ilk tahkikatın temyiz mahkemesi diyebileceğim mahkeme özel bir mahkemedir; yani sırf bu iş için kurulmuş bir mahkmedir, adı da "hey'eti ithamiyedir,,. İsminden de anlaşılacağı üzere hey'et halinde bir mahkemedir, birkaç üyeden mürekkep bir mahkemedir; vazifesi de sanığı kendisine isnat edilen suç ile ithamdır; bu sebepten hey'eti ithamiyenin sanık aleyhindeki kararna ithamname deniyor; müddeiumumînin iddianamesi ve müstantikin kararı ithama ve ithamnameye temel teşkil eder. İthamname de son tahkikata ve netice itibariyle hükme temel teşkil eder. Almanya'da ise ithamname son tahkikatın açılması kararı adını taşır ve fakat yine de ve mutlaka bir mahkeme tarafından verilir.

Fakat son tahkikatın açılma kararını vermek için Fransa'da olduğu gibi kurulmuş özel bir mahkeme yoktur; özel bir itham mahkemesi yoktur; bu işi adî mahkemelerden biri görür. Bizde ilk tahkikat bir dereceye tabi tutulmuş ve son tahkikatın açılması kararını vermek yetkisi de sorgu hâkimine bırakılmıştır (Madde 196-200).

Fransada, Almanya'da ve bizde kamu davası ya vasıtalı olarak, veya vasıtasız olarak açılır: kamu davasının açılması müddeiumumînin iddiasından sonra ve o iddianameden başkaca bir ithamnameye de yani son tahkikatın açılması kararına da lüzum gösteriyorsa, âmme davası vasıtalı olarak açılmış olur (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu, madde 191). Son tahkikata tabi tutulmuş işlerin hepsinde kamu davasının vasıtalı olarak açılması, yani son tahkikatın ve ancak son tahkikatın açılması kararna bağlı bulunması esastır, kaidedir. Müddeiumumînin iddianamesile doğrudan doğruya son tahkikatın açılabilceği hal 192 nci maddede zikr ve tanzim olunmuştur. Amme davasının doğrudan doğruya iddianame ile açılabilmesi ilk tahkikatın zarurî olmadığı veya caiz olmadığı işlerde mümkün olur (Madde 171). Müddeiumumînin doğrudan doğruya son tahkikatı açtırabilmesi halinin Fransız ceza muhakeme-

leri usulünde cari olan ve vasıtasız celp (citation directe) adımı taşıyan hal ile aynı görülmesi ve tutulması hata olur.

Gerçektir ki müddeiumumî âmme dâvasını iki türlü iddianame ile açar. Bunun birine biz eski bir tabirimizi muhafaza ile talepname diyoruz (Madde 172). Talepname yalnız ve yalnız ilk tahkikatı açabilir; müddeiumumî tarafından son tahkikatı açtıran talebe iddianame deniyor. İlk tahkikatın yapılmış olduğu hallerde iddianame yani sanığın itham edilmesi talebi sorgu hâkiminden son tahkikatın açılmasına karar verilmesini istemek neticesine varır (Madde 191, fıkra 2). Sorgu hâkimi son tahkikatın açılmasına karar verdiği takdirde müddeiumumî âmme dâvasını vasıtalı olarak (sorgu hakiminin vasıtasıyla) açtırmış olur. İlk tahkikatın yapılmamış olduğu işlerde müddeiumumî âmme dâvasını açtıracak olan iddianamesini doğrudan doğruya davayı görecek mahkemeye verir; bu takdirde âmme dâvası (son tahkikat) doğrudan doğruya iddianame ile açılmış olur. Fransa'da müddeiumumînin doğrudan doğruya vaki daveti ise sanığın asliye işlerinde üç gün zarfında, sulh işlerinde 24 saat zarfında davayı görecek mahkemeye gelmesi emrini havi bir celpnamedir. Mahkeme bu celpnameye müsteniden davayı görür ve hükme bağlar. Fransız ceza muhakeme usulünde cari sanığı "doğrudan doğruya davet" usulüne pek az benzer bir muameleye Alman ceza muhakemeleri usulü kanununun bizim 205 nci maddemize tekabül eden 211 nci maddesinde rastlayabiliriz; biz ise 211 nci maddeyi çok değiştirerek 205 nci maddemiz yaptık ve doğrudan doğruya davet usulünü uzaktan dahi hatırlatır bir hali kabul etmedik.

Alman usulünde cari olan kamu davasının iddianame ile doğrudan doğruya açılması usulü, Fransa'nın sanığı doğrudan doğruya mahkemeye davet usulünden ayrı bir müessese olunca huzurunda iddianame taktimi ile dava açılmış olan mahkemenin, davayı görmeden evvel son tahkikatın açılmasına hakikaten lüzum olup olmadığına karar vermesini Alman kanunu icabettirmektedir. Çünkü 195 nci maddemizle sorgu hakimine verilmiş salâhiyet Almanya'da son tahkikatı açmak kararını vermek yetkisini haiz mahkemede olunca mahkeme bu yetkisini davanın doğrudan doğruya iddianame ile açılmış olması halinde kaybeylemiş olmaz; ve binaenaleyh davanın iddianame ile doğrudan doğruya açılması halinde dahi mahkeme, davayı görmeğe başlamadan evvel sanığın mahkûmiyetine mesnet olacak delillerin za'fı karşısında bazı delillerin daha toplanmasını isteyebileceği gibi ilk tahkikatın dahi yapılmasına karar verebilir. Binaenaleyh âmme dâvasının doğrudan doğruya açılması halinde mahkeme ya talep ve iddia dairesinde son tahkikatın açılmasına karar verir (196 ncı maddemizin sorgu hakimine verdiği yetki) yahut son

tahkikatın açılması talebini red eyler (yine 197 nci maddemizin sorgu hakimine verdiği yetki).

İddianame suçun vasfında aldanıp da ağır cezaya verilmesi ve binaenaleyh ilk tahkikata mutlaka tabi tutulması lâzım gelen bir işi asliye işlerinden telâkki edip te doğrudan doğruya dava açmış ise, mahkeme dâvayı görüp de sonunda vazifesizlik kararı ile ağır cezaya vereceğine son tahkikatın açılması talebini red edip işin ilk tahkikata tabi işlerden olması itibarıyla ilk tahkikatın açılmasını karar altına alabilir.

Maruzatımızı hülâsa edelim :

Doğrudan doğruya açılan davalarda dahi Almanya'da iddianame-ler, son tahkikatın açılmasına karar verilmek suretiyle suçun görülmesini ve bir hükme bğlanmasını ister; mahkemeler de davayı görmeden evvel evrak üzerinde son tahkikatın açılmasına lüzum olup olmadığını tetkik eder. Görülüyor ki mülki ceza muhakeme usulü kanunumuzla kanunumuzun aslı olan Alman ceza muhakeme usulü kanunu, son tahkikatın açılması kararında takip edilecek usul noktasından birbirinden ayrılmakta ve biz daha ziyade Fransız müessesesi olan sanığın doğrudan doğruya mahkemeye celbi sistemine yaklaşmış oluyoruz. Askerî ceza muhakeme usulüne yaklaşan usulümüzün tercihe daha lâyık olduğunu aşağıda izah edeceğim. Bütün bu izahları adli âmirin kararlarını iyi anlatabilmem için verdim.

A — Adli âmir evvelâ müddeiumumiye ait yetkileri haizdir ve bu itibarla bizzat kendisi yapamaz ise de organları vasıtasıyla hazırlık tahkikatı yaptırabilir (mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 153, askerî ceza muhakeme usulü kanunu madde 82).

Yapılan hazırlık tahkikatı âmme hukuku davasının açılmasını haklı göstermeğe kâfi değil ise adliyede müddeiumumi askerî adalette adli âmir tahkikatta mahal olmadığına karar verirler (madde 163/2, askerî madde 86/5).

Tahkikata mahal olmadığı kararı suçtan zarar görene bildirilir (Mülki mad. 165, askerî madde 82/6). Suçtan zarar gören müddeiumuminin kararına karşı müddeiumuminin mensup olduğu ağır ceza işlerini gören mahkeme dairesine en yakın bulunan ağırceza mahkeme reisine itiraz eder (mülki ceza muhakeme usulü kanunu, madde 165). Askerî adalette itiraz üst adli âmire yapılır (Madde 86/6).

B — Adli âmir müstantikin, yani sorgu hâkiminin haiz olduğu yetkileri de haizdir; bu itibarla bizzat kendisi tahkikatı yapamaz ise de organları vasıtasıyla yaptırabilir. Yapılan hazırlık tahkikatı âmme hukuku

dâvasının açılmasını haklı göstermeğe kâfi ise adliyede müddeiumumî bu dâvayı ya ilk tahkikatın açılması hakkında sorgu hâkimine bir talepname (âmme davasının vasıtalı olarak açılması) veya mahkemeye bir iddianame (âmme davasının vasıtasız olarak açılması) vermek suretiyle açar (Mülki ceza muhakeme usulü madde 163/1).

Askerî adalette yapılan hazırlık tahkikatı âmme hukuku davasının açılmasını haklı göstermeğe kâfi ise adli hakim ilk tahkikatın açılmasını emreder. Bu tahkikatı yine bir adli subay veya askerî hakim müstantik sıfatıyla icra eder (Askerî ceza muhakeme usulü, madde 89).

C — Adli âmir hem de heyeti ithamiyenin haiz olduğu yetkileri haizdir; yani Almanya'da ancak bir mahkemenin bizde sorgu hakiminin vermeğe yetkili olduğu son tahkikatın açılması kararını da askerî adalette adli âmir verir.

İlk tahkikat ile vazifelendirilmiş olan askerî hakim tahkikatın bittiğine kanaat eder ise dosyasını adli âmire verir ve neticeye dair yazılı mütalâasını da birlikte verir (Madde 123).

Mülki adalette de sorgu hakimi ilk tahkikat gayesinin elde edildiği kanaatinde bulunur ise dosyayı iddiasını bildirmek üzere cumhuriyet müddeiumumisine verir (Madde 190/1). Müddeiumumî tahkikatın daha derinleştirilmesi talebini mutlaka kabul ettirmez; sorgu hakimi ile aralarında bu hususta çıkacak ihtilâfı asliye mahkemesine tevdi mecbur kalar (Madde 190/2). Adli âmir ise tahkikatın derinleştirilmesini emredebilir ve emri de yerine getirilir (Askerî ceza muhakeme usulü, madde 124).

Adli âmir, Fransa'da yalnız heyeti ithamiyenin verebileceği bütün kararları verebilir ve sanık hakkında: 1. ya son tahkikatın açılmasına, 2. veya mahkemenin men'ine¹ 3. yahut son tahkikatın geçici olarak tâdilüne karar verir. Mülki ceza muhakeme usulü kanunumuz bu kararları almak yetkisini 196, 197 ve 198 nci maddeleriyle sorgu hakimine vermiştir.

Askerî adalette men'i muhakeme kararına karşı ilgililerin itiraz hakları vardır; bu hak mülki adalette Temyiz ceza umumî heyetinin 18.5. 1936 tarih ve 70 sayılı kararıyla her türlü tereddüdün dışına alınmıştır.

1 Vasfî cürmiden dolayı men'i muhakeme kararı verilemez: "Hataen katilden dolayı ceza kanununun 455 nci maddesi mucibince son tahkikatın açılmasına ve kasten katilden men'i muhakemeye karar verilmiş ise de vasfî cürmiden men'i muhakeme kararı verilemeyeceği cihetle usulün 258 nci maddesine göre suçluya müdafaa imkânı verilmemesi yolsuzdur., (Yargıtay umumî heyet. 7.11.1932. K. 175)

Üst adli âmirin de itirazı red eylemesi halinde askerî temyiz mahkemesine müracaat olunur. Tahkikatın geçici olarak tatili sebepleri mülki ve askerî ceza muhakeme usulü kanunlarında aynıdır (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 198, askerî ceza muhakeme usulü kanunu, madde 128).

Muhakemenin men'i kararı kesinleşince âmme davasının tekrar açılabilmesi her iki usul kanununda da yeni vakıaların ve yeni delillerin meydana çıkması haline bağlıdır (Mülki madde 204, Askerî madde 127/2).

Her iki ceza muhakeme usulü kanununda da son tahkikatın açılması kararına karşı itiraz olunamaz (Mülki madde 203, Askerî madde 130/1).

Yalnız askerî ceza muhakeme usulü kanununun 15 nci maddesi adli âmire son tahkikatın açılması kararını maznunun lehine olarak ve duruşmadan evvel değiştirebilmek ve hattâ geri alabilmek yetkisini vermiştir.

Bu izahattan anlaşılacağı üzere son tahkikatın açılması kararı ceza takibi safhasını iki büyük kısma ayırıyor, sözü geçen kararın verilmemesinden evvelki safha iptidai veya idadi bir safhadır. Arapça bir kelime olan "idad,, kelimesini kasden kullanıyorum; idad da ihzar gibi hazırlamak mânâsındadır; bugün lise dediğimiz eski idadi mekteplerine bu isim o mekteplerin öğrencileri yüksek tahsile hazırlamasından verilmiştir. İdadî tahsil bir hazırlık tahsili olduğu gibi idadi tahkik de aslında bir hazırlık tahkikatıdır, fakat hazırlık tahkikatı tâbirinin usulde teknik bir mânâsı olduğu için hazırlık tabirini kullanmaktan kaçıyor, yerine idadi veya iptidai tâbirini kullanıyorum. İdadî safha veya iptidai safha mülki ceza muhakeme usulü kanununda hazırlık tahkikatı ve ilk tahkikat olmak üzere ikiye ayrılır. Takibatın müddeiumuminin elinde tekâsüf eyliyen kısmına hazırlık tahkikatı diyoruz. Hazırlık tahkikatı fiilin hal ve keyfiyetinin müddeiumumî tarafından araştırılmasıdır. Bu safhada maatteessüf teknik bir tabirle ifade edilmesi ihmal edilen ve "hakim tarafından yapılması iktiza eden tahkik muameleleri,, diye ifade edilen muameleleri müddeiumumî sulh hâkimine yaptırır (Mülki ceza kanunu, madde 155, 156). Arzeylediğim gibi araştırma sanık hakkında sanmaları (şüpheleri) kuvvetlendirmiyor ise müddeiumumî takipten vaz geçer. Aksi takdirde ait olduğu mahkemeye iddianamesini verir. İddianame müddeiumuminin yargıç elinde devam edecek olan takibatın gelecek safhaları (müteakip safhaları) üzerinde karar alabilmek yetkisini tamamiyle kaldırır. Yahut müddeiumumî sorgu hakimine talepnameini verir ki talepname de müddeiumuminin takibat üzerinde karar verebilmek yetki-

sini kaldırır. İlk tahkikat sorgu hakimi tarafından tam bir istiklâl ile sevk ve idare edilir. Müddeiumumî ilk tahkikata ancak bir taraf olarak müdahale edebilir; diğer tarafı teşkil eden sanıktan da fazla bir hakka malik olmaksızın müdahale edebilir.

İlk tahkikatın bitmesinden sonra dosya iddiasını bildirmek üzere müddeiumumîliğe tevdi edilir (mülki ceza muhakeme usulü kanunu, madde 190). Bizim usule göre müddeiumumî men'i muhakeme talebinde bulunsa dahi, müddeiumumînin talebi ile bağlı olmayan sorgu hakimi son tahkikatın açılması kararını alabilir. Bu takdirde müddeiumumî iddianamesini son tahkikatın açılması kararına uygun bir tarzda tanzime mecburdur ve takibat son tahkikat dediğimiz nihai safhaya intikal eyler. Bu kısa izahlarımız iptidai tahkikatın askerî usulde ne kadar çok daha basit olduğunu izhara kâfi gelmiştir kanaatindeyiz. Çünkü evvelâ askerî ceza usulünde iptidai safha hazırlık ve ilk tahkikat diye iki ayrı safhaya ayrılmaz; yahut başka bir deyim ile iptidai safhayı biri hazırlık tahkikatına hakim ve hazırlık tahkikatını sevk ve idare eden, diğeri ilk tahkikatı sevk ve idare ve ona verilecek şumulü ve istikameti müstakillen tayin eden iki şerik otorite arasında paylaşınılmaz. Ceza takibini yapan otorite yani müddeiumumî ilk tahkikatta, yalnız bazı münferit tahkik muamelelerinin yapılmasını isteyebilmekten başka bir yetki gösteremez. İlk tahkikatı yapan yargıç ise bu taleplerle bağlı değildir. Askerî adalette ise bütün ceza takiplerini yapacak olan adli âmirin yanına ondan müstakil bir müstantik (sorgu hakimi) konması askerî icaplara aykırı düşer. Müstakil bir sorgu hakimi muvafık göreceği her türlü tedbiri alabilir ve adli âmirin talepleri üstünde durur. Bu ise ihtilâflar doğurur ve adli âmiri mesuliyeti ile telif edilemeyecek bir vaziyete sokar.

Von Marck askerî ceza muhakeme usulünü mülki ceza muhakeme usulüne üstün bulur ve iptidai safhada, iki ayrı otorite tarafından yapılan iki çeşit araştırmanın hakikatın meydana çıkmasına engel olduğunu söyler. Gerçektir ki mülki adalette evvelâ adli zabitanın faaliyeti başlar, ondan sonra belki işin acele olmasından sulh hakiminin faaliyeti işe karşı (Madde 156/2). Belki de zabitanın baş vurduğu sulh hakimi yetki hususunda 153 ncü maddenin tayin eylediği yetki şartlarını haiz değildir. Bundan sonra iş müddeiumumîliğe geçer ve belki de müddeiumumî vak'anın hal ve vaziyetini bizzat müşahede eylemek ister ve hakim tarafından yapılacak muamelelerin yapılmasını yetki dairesinde bulunan sulh hakiminden ister. İlk tahkikatın da yapılması lâzım gelince vak'anın hal ve vaziyetini bizzat müşahedeye mecbur kalacak beşinci bir memur işe karşı. Keşif veya bir delili tesbit sırasında daha evvelce bir memur tarafından yapılmış müşahedenin önemi o ilk zamanlarda kâfi de-

recede anlaşılammış ve bu sebeple zabıt tutulmamış olduğuna çok rastlanmaktadır. Bu takdirde daha sonra müşahedeyi yapan memur da işi tesbit edemeyecektir. Çünkü hafızasında birşeyler bulunabilecek olan evvelki memur ile temas halinde değildir. Zaptedilmemiş ilk müşahede belki çok önemli idi ve tahkikatın bütün seyri üzerinde belki pek müessir olacaktı. Bu sebepten müteakip tahkik muamelelerinin yanlış bir istikamet almış olması da mümkündür.

Bir gedikli karısını öldürmekle itham edildi. Gedikli karısının intihar eylediğini iddia etti ve hatır şahitleri olduğu kuvvetle sanılan kimselerin şahadetiyle de mekân beyyinesinde bulundu. Şunu arzedeyim ki adli tıp hâdisenin asla intihar olamayacağı ve bir katil olacağı hakkında bir mütalâada bulundu. Fakat sanığın eve girdiğini gören çıkmadı. İlk tahkikatı yapan müddeiumumî cesetten uzakta, karyolanın üzerinde duran tabanca üzerinde parmak izlerini tesbit ettirmek ister; sanık atılır ve ben tabancayı tuttum, üzerinde benim parmak izlerim vardır; bu sebeple parmak izlerini tesbite lüzum yoktur der. Fakat intihar edenin parmak izini tabanca üzerinde araştırmanın önemini o dakikada lüzumu kadar düşünemiyen müddeiumumînin bu ihmalinin bütün dâvanın seyri üzerinde müessir bulunmuş olduğunda da hiç şüphe yoktur. Fazla olarak duruşmaya da tahkikatı yapan müddeiumumî çıkmamıştı, iptidai safhanın tahkikinde tahkikatın muhtelif ellere dağılmayıp da bir elde toplanmasında büyük faide olduğu inkâr kabul etmez.

Von Marck ilk safhada askerî tahkik usulünü mülki tahkik usulüne üstün tutmasında haklıdır; Son tahkikatın açılması Almanyada iptidai tahkikatı lüzumsuz yere üç safhaya parçalar. İlk tahkikatın açılması bir komuta tasarrufudur. Amme davasının açılmasına lüzum olup olmadığına başlangıçta karar vermek hakkı adli âmirde olduğu gibi (Madde 86), hazırlık ve ilk tahkikata adli âmir hakim olduğu gibi hazırlık ve ilk tahkikatların neticesi üzerine karar verebilmek yetkisi de ona aid olmalıdır. Bu sebepten yukarıda son tahkikatın açılmasına sorgu hâkiminin karar vermesinin daha muvafık olduğunu söylemişim. Çünkü Almanyada son tahkikatın açılması iptidai tahkik safhası ile nihai (son) tahkik safhası arasında bir usuli safha olarak gözükür. Son tahkikatın açılması kararını sorgu yargıcı vermeyip de asliye mahkemelerinden biri verse ne gibi bir iyilik olacaktır? Mahkeme tahkikat dosyasını asla esaslı bir surette tetkik edemeksizin talep dairesinde bir karar verecektir. Almanyada olduğu gibi bizde de talebe muhalif olarak men'i muhakeme kararı pek az verilecektir. Zaten davayı evvelâ asliye yargıcı veya ağırceza birinci derecede olarak tetkik ediyor; yargıtay kontrol ediyor. Artık ilk tahkikatın da temyizi mahiyetini alacak olan bir tetkike lüzum

yoktur. Ancak iddia makamı ile sorgu hakimi arasında bir ihtilâf olunca veya taraf tetkikini isteyince tetkik olunmalıdır. Şüphesiz ki mahkeme önüne, duruşmaya sanık olarak çıkmak bir adamın şerefini kırmak için kâfidir. Halbuki askerî hayatta duruşmanın ekseriya haysiyet kırıcı bir hal teşkil etmediğini arzetmiştim.

Tahkikatın nihai safhasına duruşma diyoruz. Son tahkikatın açılmasını duruşma takip eder (Madde 139). Duruşma hükmü verecek mahkemenin önünde sözle yapılan muarazadır. Duruşmaya katılacak hakimler hizmet sırası ve yolu ile tayin edilir (Askerî ceza muhakeme usulü kanunu, madde 27, 32, 33). Duruşma zamanı ve yerini adli âmir tayin eder (Madde 143). Duruşma için icabeden celbnameleri adli âmir çıkartır; sübut sebeplerini mahkemeye adli âmir verir. Sanık mahkemeye davetname ile celbedilir veya adli âmirin emriyle sevk olunur (Madde 145, 146). Son tahkikatın açılması kararının tebliği ile duruşma günü arasında alay mahkemelerinde üç gün ve diğer askerî mahkemelerde bir hafta geçmek lâzımdır (Madde 145).

Duruşma esas itibariyle alenidir; aleniliği takyit eden sebepler ve kanun hükümleri yukarıda arzedilmişti; yalnız adli âmir duruşmada hazır bulunamaz.

Duruşmanın inzibatını temin reise aittir; reis en büyük rütbeli subaydır (Madde 166). Duruşmanın sevk ve idaresini reis, alay mahkemelerinde azadan birine bırakabilir (Madde 167/2). Diğer askerî mahkemelerde duruşmanın sevk ve idaresi askerî hakime aittir (Madde 167/1). Duruşmanın yolunda olmadığına dair itirazlara mahkeme karar verir (Madde 167/3).

Duruşmaya iştirâk edenler: 1. Mahkeme azaları, 2. İddia makamı, 3. Sanık ve 4. Müdafaa. Bunlardan müdafaa hariç olmak üzere her biri istediği zaman şahit ve bilirkişilere sual sorabilirler. Müdafii usullerini ancak duruşmayı idare eden hakim vasıtasıyla sorabilir (Madde 168/1). İcapsız olan veya taallûku bulunmayan suallerin sorulmasını duruşmayı idare eden hakim men edebilir (Madde 168/2). Bir sualin sorulması caiz olup olmadığına tereddüt edilir ise mahkeme bir karar verir (Madde 168/3).

Sanığın, müdafinin, şahitle bilirkişilerin yoklamasından sonra duruşmaya memur hakimlerin isimleri bildirilmeğe başlanır ve bu suretle sanığa red hakkını kullanmak imkânı verilir. Bundan sonra şahitler duruşma salonundan çıkartılır ve sanığın hüviyeti sorulmak suretiyle duruşmaya başlanır. Daha sonra iddianame okunur. İddianame okunduktan sonra sanığın sorgusuna başlanır (Madde 169).

Maznunun sorgusu yapıldıktan sonra delillerin ikamesine başlanır. "Delillerin ikamesi", tâbirinden anlaşılması lâzım gelen mânâyı mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 238/1 de tayin etmiştir: "Davet edilen şahitlerin ve bilirkişilerin dinlenmesi vesair sübut vasıtalarının irad edilmesi,, hususiyle vesikalarn ve diğer yazılı beyinelerin okunması (mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 242, askeri madde 175-181). İkame edilecek delillerin hudut ve şumulünü mahkeme, taleplerle, feragatlerle ve evvelce verilmiş kararlarla bağli olmaksızın tayin eder (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 238, son fıkra).

Delillerin ikamesi işi bittikten sonra söz iddiasını dermeyan etmesi için müddeiumumiye ve ondan sonra da müdafaasını yapmak üzere maznuna, var ise müdafiine verilir. Müdafiin müddeiumumiye cevap vermek hakkı vardır. Müdafi sanık namına müdafaada bulunmuş olsa bile müdafaasına ilâve edecek başka birşey olup olmadığı maznundan sorulur (Madde 183).

Duruşma hükmün tefhimi ile biter (Madde 185). Mahkeme hükmünü delillerin ikamesinin verdiği neticeye göre tesis eyler. Mahkeme kanaatini duruşmanın neticesine göre serbestçe tesis eder (Madde 186). Hükmün konusu son tahkikatın açılması kararında bildirilmiş olan fiilin duruşmanın neticesine göre arzylediği haldir (madde 188). "Suçlunun son tahkikatın açılmasına dair olan kararda yazılı suçlardan başka bir suç işlemiş olduğu duruşma sırasında meydana çıkmasına ve müddeiumuminin talebi ve sanığın muvafakati sebketmemiş olmasına nazaran tahkikat hakimliğinden karar alınmaksızın duruşma icrasıyle bu suçtan dolayı da karar verilmesi yolsuzdur,, (Yargıtay ceza umumî heyeti. Esas 97, karar 92. 30.6.1930).

Mahkeme fiilin son tahkikatın açılması kararında yapılmış takdir ve tavsifine bağli değildir (Madde 188). Fakat mahkeme sanığı son tahkikatın açılması kararında zikredilmiş olan kanun maddesinden gayri ve daha ağır bir madde ile mahkûm edecekse sanığa fiilin vasfının değiştiğini haber vermesi ve kendisine, ona göre müdafaada bulunmak imkânını bahşeylemesi lâzım gelir (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu, madde 258, Askeri madde 189). "Dava duruşma sırasında yeni bir scyir alırsa 258 nci maddeye göre savcılığın yeni bir kamu dâvası açmasına lüzum kalmadan mahkeme yeni duruma göre karar verir" (Yargıtay Ceza umumî heyeti kararı, Reşit Mercan davası). "Sanığa isnat olunan suçun kabul edilen vasıf dahilinde işlendiğini gösteren delillerin karar yerinde açıkça gösterilmesi lâzımdır" (Birinci Ceza dairesi, 23.4. 1953. Esas 920, karar 1028). "Son tahkikatın açılması hakkındaki iddianamede ceza kanununun 525 nci maddesinde yazılı fer'i cezanın

mevzuu bahis olmaması hükümde nazara alınmasına mani değildir,, (Yargıtay umumî ceza heyeti, 7.7.1930 ve 201 K.).

Hüküm sanığın 1. Beraatine; 2. veya mahkûmiyetine; 3. yahut yapılan takibin terkedilmesine: a) tatiline (meselâ, memurun muhakat kanunu mucibince muamele ifa olunmak üzere evrakın müddeiummiliğe tevdiine dair verilen karar duruşmanın tatili mahiyetinde bir karardır ve temyizi kabil değildir. İçtihatları birleştirme kararı. 17.12. 1930. Esas 23, karar 31). b) düşmesine (Meselâ zaman aşımı dolayısıyla davanın düşmesi hali) mütedair olur (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu madde 253, Askeri madde 185). Kararın müzakeresi ve reylerin toplanması duruşmayı idare eden zat tarafından yapılır (Madde 191). Mahkemenin her kararı için bir ekseriyet lâzımdır (Madde 193). Rey sırasını 194 ncü madde tayin eylemiştir.

Mahkûmiyete mütedair olan hükümlerde suçun kanunî unsurları olmak sabit ve muhakkak sayılan fiiller zikredilmiş olmalıdır; bundan başka o fiillerin neden sabit addedildiği de hüküm yerinde tahlil ve münakaşa edilmelidir (Mülki ceza muhakeme usulü kanunu, madde 260, askerî madde 196). “Hükme esas olan delillerin hüküm fıkrasında açıkça gösterilmemesi zabıtname ve istintaknamedeki sahife numaralarının gösterilmesiyle iktifa edilmesi bozmayı muciptir” (Birinci ceza dairesi 25.6.1930 ve karar 2627).

Ceza kanunu umumî surette daha hafif bir cezanın tatbikini cezayı azaltıcı sebebe veya daha az vahim bir halin vücudüne bağlı kılmış ise bu sebeplerin vücudu kabul veya red olduğu takdirde hükmün gerekçesinde bunlara müteallik kararlar dahi gösterilmemelidir (Madde 196, fıkra 4). “Savcı 51 nci maddenin ikinci fıkrasına göre ceza tayinini istemiş iken bu talebin kabul edilmemesi sebebinin karar yerinde tahlil ve münakaşa edilmemesi yolsuzdur” (Birinci ceza dairesi 14.3.953 Esas 151, karar 998).

Beraete mütedair olan hükümlerde sanığa isnat edilen fiili işlediğinin sabit olmaması dolayısıyla mi yoksa işlediği sabit ve muhakkak olan fiilin suç teşkil eylememesinden mi, meselâ hukuka ait mevaddan olmasından ötürü mü beraet eylediği gösterilmelidir (Madde 196, fıkra 5). “Dâvanın hukuka ait mevaddan olması hasebiyle takibine mahal olmadığına dair verilen karar beraet kararı mahiyetinde ve kat’i olmasına nazaran temyizi kabil kararlardandır” (Yargıtay ceza umumî heyeti, 13.10. 1930. Esas 251, karar 243).

Yukarıda muhakemelerin sözlü olması prensibinin neticesi olarak iddia ile muaraza ve münakaşada bulunamayacak, lehine olan delilleri

iddia ile müsavi bir vaziyette olarak mahkemeye arzedemeyecek olan gâip aleyhine muhakeme yapılamıyacağını arz etmiştim.

Hazır olmayan sanık aleyhinde bizim usulümüz bir muhakeme yapılabildiğini kabul etmez (Mülki ceza muhakeme usulü madde 223, fıkra 1; Askeri ceza muhakeme usulü kanunu, madde 157, fıkra 1). "Sanığın gıyabında muhakeme icra edilerek mahkûm edilmesi onun müdafaa hakkını ihlâl edici olmakla caiz değildir" (Yargıtay Ceza umumî heyeti 30.12.1936, Esas 281, karar 280). "Maznunun istinabe ile sorguları yapılmak suretiyle duruşma icrası yolsuzdur. Ceza muhakemeleri usulü kanununun 223 ncu maddesi hükmünün tatbiki lâzımdır" (Yargıtay ceza umumî heyeti. Esas 1354, karar 1674. 4.11.1936).

Sanığın duruşma esnasında savuşması hali mülki ceza muhakeme usulü kanununun 224 ve askeri ceza muhakeme usulü kanununun 158 nci maddelerinde zikredilmiştir; bu takdirde sanık evvelce sorguya çekilmiş ve artık huzuruna mahkeme lüzum görülmemiş ise dava gıyabında bitirilebilir.

Maznunun duruşmada hazır bulunmaktan varestede tutulmasını isteyebileceği haller askeri ceza muhakeme usulünün 159 ncu maddesinde belirtilmiş ve bu hallerde sanığın bir müdafisi de gönderebileceği kabul edilmiştir. Mülki ceza muhakeme usulünün 225 nci maddesinde bahsedilen hal ile birlikte gıyabi mahkeme ancak kanunun tayin eylediği bu çok mahdut ve istisnai hallerde kabul edilmiştir. Halbuki Fransız muhakeme usulünde kendisine ithamname (son tahkikatın açılması kararına benzeyen karar) tebliğ edildikten sonra on gün zarfında teslim olmayan sanık aleyhinde gıyabi mahkeme yapılır. Bu gıyabi mahkeme sanığa on günlük munzam bir mühlet vermekle başlar. Keyfiyet sanığın ikametgâhına tebliğ edilir ve ilânen de tebligat yapılır. Munzam müddetin sonunda da teslim olmamış suçlu 1) Amme haklarından mahrum edilir; 2) Malları müsadere edilir; 3) Dava etmek hakkından mahrum bırakılır. Gıyabi muhakeme ile (sanığın yüzüne karşı yapılmamış muhakeme ile) vicahi muhakeme (sanığın yüzüne karşı yapılmış muhakeme) arasındaki farkın birincisi muhakeme usullerinin taşıdıkları addan da anlaşılır: Biri yüze karşıdır, diğeri yüze karşı değildir ve sanık müdafisi de göndermez. Muhakeme yüze karşı olmadığından sözlü de değildir; hükmü evrak üzerine verilir ve bu itibarla şahitler de sözlü olarak dinlenmezler.

Mahkûm sanık ihtiyar ve arzusu ile gelip teslim olursa, hüküm ve yapılan muameleler ortadan tamamıyla kalkar ve dava yeni baştan yüze karşı olarak başlar.

Mahkûm sanık mahkemeye gelip teslim olmadan veya zaman aşımını geçmeden evvel ölür ise artık hakkındaki gıyabî karar kesinleşir.

Askerlikte mahkemenin davetine karşı yalnız firariler (asker kaçakları) itaat ve icabet eylemez; bu sebepten gıyabî muhakeme usulüne, mahkemenin davetine itaatsizlik halinde takip edilecek usul dahi denir. İtaatsizi âmme haklarından mahrum bırakmak ve mallarını müsadere eylemek suretiyle itaate mecbur kılınacağı sanılır. Alman askerî ceza muhakeme usulü kanunu gerekçesinde deniyor ki: "Gıyabî muhakeme amelîyatta iyi neticeler vermedi. Evvelâ bir askerî muhakeme toplanıp gıyap kararını verecektir; verilecek gıyap kararı ise işin esasını hal etmiyecektir, yani kesin bir karar olmayacaktır. Tahkikatın neticesi hakkında verilmiş geçici bir karar olarak kalacaktır. Asker kaçığının geri dönmesi halinde iş yeni baştan tekrar görülecektir. Buna mukabil kanun lâyihası kaçığın dönmelerini sağlayabilecek çok daha basit, çok daha müessir hükümleri ihtiva eyler. Binaenaleyh gaip aleyhinde duruşma açılmaz, yani esas tahkikata girilmez. Adli âmirin müstantik tarafından da imza edilmiş bir emri ile gaibin malları haczedilir (Madde 216) ve gaip kaçak olarak ilân edilir. Lâyihanın kabul eylediği usulün diğer gaip'ler hakkında da kabili tatbik olması gibi bir faidesi daha vardır; bu takdirde adli âmirin kararı yalnız malların haczine maksur kalır".

Mülkî ve askerî ceza muhakeme usullerine göre "meskeni bilinmeyen veya yabancı memlekette sâkin olup da askerî mahkeme (salâhiyetli mahkeme) huzuruna celbi mümkün olmayan veya bu suretle çağırmanın neticesiz kalacağı kuvvetle anlaşılan sanık gaip sayılır" (Mülkî ceza muhakeme usulü kanunu, madde 269. Askerî ceza muhakeme usulü kanunu, madde 212).

Gaip aleyhine duruşma açılmaz (Madde 213). Gaip aleyhine yapılacak bütün muameleler delillerin tesbitinden ibaret kalır.

Malları haczedilmiş bir gaip, mallarında diriler arasında yapılan tasarruflarda bulunamaz (Madde 217, fıkra 1). Haczi yaptırtan sebepler ortadan kalkınca haciz de kalkar. (Madde 218).