

AMERİKAN, İTALYAN VE FRANSIZ HUKUKLARIYLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK KUSURUN KABULÜ*

Prof. Dr. Jean PRADEL**
Çev.: Zeynel T. KANGAL***

“Kusurun kabulü” (*plaider coupable; plaidoyer de culpabilité*) ifadesi, sözcüğe sıkı sıkıya bağlı kalınarak yorumlandığında oldukça belirsizdir. Tamamen sade bir anlatımla, sanığın kusurunu kabul ederek savunma yapması anlamına gelmektedir. Anglo-Saksonlar *guilty plea*’dan söz etmektedirler. Her çağda sanıklar, gerek koşulları göz önünde bulundurarak başka türlü yapamayacakları için, gerek vicdan azabından kurtulmak istedikleri için –Katolik öğretisi günah çıkarma erdemini öğretmekte; buna, ikrarda “kendini cezalandırma”yı gören psikanalistler itiraf etme gereksinimini eklemektedirler,¹– nihayet gerekse hâkimin veya jürinin acımasını cezbetmek, böylece doğrudan dile getirmeden indirimli bir ceza elde etmeyi istedikleri için suçlarını kabul etmekteydiler.²

Oysa “kusurun kabulü” ifadesinin ikinci bir anlam ihtiva etmesi –bir ceza indirimi umudu– bu açıdandır. İfade, bu defa amaca uygun olarak yorumlandığında, savcılık ile failin indirimli bir ceza konusun-

* 11 Nisan 2005 tarihinde Danıştay’da Karşılaştırmalı Hukuk Derneği’nin genel kurulunun sonunda Prof. Dr. Pradel tarafından verilen konferansın gözden geçirilmesine dayanan bu makale, “*Le plaider coupable confrontation des droits américain, italien et français*” başlığıyla RIDC (Revue internationale de droit comparé) 2005, s. 473-491’de yayımlanmış olup, yazarın izniyle tercüme edilmiştir.

** Fransa Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesi.

*** Av. Dr., İstanbul Barosu.

¹ Th. REIK, *Le besoin d’avouer*, 1973, Paris, Payot, s. 208.

² İngiltere’de, kusurunu kabul eden sanık cezanın % 30 indiriminden otomatik olarak yararlanmaktadır. Üstelik bu durum, sanık üzerinde bir baskı uygulayabilmektedir. Bkz. J. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, coll. “Que sais-je?”, PUF, 1998, s. 84.

da anlaşmasını –bu husus Fransa’da vergi ve gümrük uzlaşmasını hatırlatmaktadır– ve bu anlaşmanın hâkime sunulmasını düşündürmektedir. Taraflar arasında bir anlaşmanın yapılması ve resmi onaylama amacıyla bir hâkimin görevlendirilmesi, ifadenin ikinci anlamında kusurun kabulünün iki kurucu unsurudur.³ Anglo-saksonlar için basit *guilty plea*, biraz onun doğal çocuğu olan ve üstelik konusu çok geniş olarak anlaşılan *plea bargaining* biçimini almaktadır. Gerçekten ABD’li hukukçular, *charge bargaining* (tavsifin azaltılması; örneğin failin silâhli hırsızlık suçunu işlemesine karşın, basit hırsızlıktan dolayı takibat yapılması), *count bargaining* (iddia makamı tarafından bazı iddia nedenlerinden vazgeçilmesi; örneğin üç hırsızlıktan yalnızca yakalanan ve kabul edilen hırsızlıktan dolayı takibat yapılması) ve *sentence bargaining* (iddia makamının daha hafif bir hükmü talep edeceği vaadi karşılığında ikrar; örneğin cezanın ağır hapis cezası olmasına karşın denetimli serbestliğin tavsiye edilmesi) arasında ayırım yapmaktadırlar. Bu üçüncü model genellikle birinci veya ikinci modelle birleşmektedir.⁴ Diğer yandan İtalyanlar, (1989 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu ile oluşturdukları) *patteggiamento*’dan söz etmekte ve 9 Mart 2004 tarihli Fransız Kanunu “*kusurun önceden kabulü üzerine mahkemeye çıkma*”yı kurumsallaştırmıştır. Bununla birlikte, her ikisi de yalnızca, soruşturma konusu suçu yaptırım altına alan cezayı hedef almaktadırlar. Bu durum, Kuzey Amerika’da benimsenen anlayıştan daha dar bir anlayışı ortaya koymaktadır. Benzer çözüm tarzları başka mevzuatlarda da benimsenmiştir.⁵

³ Kanada Hukuk Reformu Komisyonu “*savunma konusunda anlaşma*”dan söz etmekte ve bunu, “*sanığın kusurunu kabul ettiği, buna karşılık iddia makamının belirli bir davranış çizgisini benimsemeye ya da benimsememeye söz verdiği her türlü anlaşma*” olarak tanımlamaktadır. Savunma konusundaki müzakereler ve anlaşmalar, Kanada Hukuk Reformu Komisyonu, Çalışma Belgesi No: 60, Kanada İkmal ve Hizmet Bakanlığı, 1989, s. 4.

⁴ David W. Neubauer, *America’s Courts and the Criminal Justice System*, 5ème éd., 1996, Wadsworth Publishing Company. Comp. Cezanın belirlenmesine ilişkin Kanada Komisyonu tarafından önerilen en son sınıflandırma şöyle bir ayırım getirmektedir: 1- İddia nedenleri hakkında pazarlık (tavsifin azaltılması veya bazı iddia nedenlerinden vazgeçilmesi, hatta suçlunun arkadaşlarını soruşturma kapsamına dahil etmeme vaadi); 2- Hükmü hakkında pazarlık (iddia makamı tarafından hafif bir hüküm talep etme veya tutuklama sürecini talep etmeme vaadi); 3- Davaya ilişkin olgular hakkında pazarlık (örneğin, sanığın adli geçmişinin hâkime açıklanmaması vaadi), Cezanın belirlenmesine ilişkin Kanada Komisyonu, Kanada İkmal ve Hizmet Bakanlığı, 1987, s. 446 vd.

⁵ J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2ème éd., Dalloz 2003, No: 483; M. Langer, “From Le-

Birçok ülkede mevcut olan, ifadenin –bizi ilgilendiren– ikinci anlamında kusurun kabulü olduğunu ifade etmek gerekir. Uzun zaman çeşitli ülkeler, hukuksal statüsünü oluşturmaksızın, yalnızca hâkim önünde basit ikrarı kabul etmişlerdi. Oysa XX. yüzyılın başlangıcından, hatta biraz daha öncesinden beri, gittikçe bugün kanun koyucular ve uygulamacılar, bir hâkimin denetimindeki taraflar arasındaki anlaşmalara başvurumaktadırlar. Böylece her ülkede ceza muhakemesinde belirli bir uzlaşmacılık,⁶ pazarlıklı veya katılımcı bir adalet⁷ gelişmektedir.

Şu hâlde kusurun kabulünü karşılaştırmalı bir açıdan incelemek yerinde görünmektedir. Bununla birlikte üç ülkenin incelenmesiyle yetineceğiz. Bunlar Amerika Birleşik Devletleri, İtalya ve Fransa'dır. Neden diğerleri değil de, bu üç ülke? Çünkü öncelikle Amerika Birleşik Devletleri, kusurun kabulünü, öyle görünüyor ki, tarihsel olarak dünyada benimseyen ilk ülke olmuştur. Sonra İtalya, Roma-Cermen hukuk dünyasında mevzuatına dâhil eden ilk ülke olmuştur. Nihayet Fransa şu anda bunu benimseyen son ülkedir. Ayrıca bu iki Avrupa ülkesinin –İtalya ve Fransa– *common law* ülkeleri (ABD, Kanada, İngiltere...) bunların fazlasıyla önünde gitmelerine karşın, hangi nedenlerden dolayı bu denli zaman sonra mevzuatlarına kusurun kabulünü dâhil etmek zorunda kaldıklarını kendimize sorabiliriz. Üç neden zikredilebilir: 1. Kültürel neden: Anglo-saksonlar yönetim, böylece davalaradaki işleyişte olduğu gibi adli yönetim sorunlarına genelde daha duyarlıdırlar; 2. Muhakemeye ilişkin neden: *common law*'da mağdur, anlaşmayı engelleyebilecek bir taraf değil, diğerlerinin arasında sadece bir tanıktır; 3. Adli teşkilata ilişkin neden: Roma-Cermen hukuk dünyasında olmamakla birlikte, *common law*'da, savunma avukatları formasyonlarıyla savcılara çok yakındırlar ve böylece doğal olarak birbirleriyle anlaşmaya itilmektedirler.

gal Transplants to Legal Translations: the Globalisation of Plea Bargaining and the Americanization, Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal* 2004, vol. 45, No: 1, s. 1-64; Marc G. Gertz, "The dynamics of plea bargaining in three countries", in *Criminal Justice Review*, Georgia State University, vol. 15, No: 1, 1980, s. 48 vd.

⁶ J. Pradel, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, Coimbra, 1988.

⁷ F. Tulkens ve M. Van de Kerchove, "La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?", *Rec. dr. pén. et crim.* (Bruxelles), 1996, s. 445 vd.

Ne olursa olsun, *common law* dünyasında doğan kusurun kabulü bir tür salgın fenomeniyle Roma-Cermen dünyasına yerleştirildi. Fakat aynı kurum mu söz konusudur? İlkeler – taraflar arasındaki bir hâkimin takdirine tâbi olan anlaşmayı hatırlatalım– her ülkede aynı olsa da, teknik farklılıklar bir hukuk sisteminden diğerine çok büyüktür.⁸ Fakat aynı zamanda, bu yeni adalet, klasik duruşma olmadan, ceza muhakemesinin temel ilkeleri bakımından sorunlar oraya çıkarmakta veya çıkarabilmektedir. Bu yüzden kusurun kabulü modellerini ve meşruluğuna ilişkin sorunu ardı ardına inceleyeceğiz.

I. KUSURUN KABULÜ MODELLERİ

Kusurun kabulünün uygulama alanı konusunda ve dahası usuli işleyişi konusunda üç hukuk sistemi arasında farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

A. Nispeten Homojen Bir Alan

Ele alacağımız üç hukuk sistemi arasında değişmez genel eğilimlerin yanı sıra, değişkenler de mevcuttur. Fakat bu değişkenler ideolojik olmaktan ziyade tekniktir.

1. Değişmezler bakımından, kusurun kabulünün küçüklerle ilgili olmadığı kuralını öncelikle zikredebiliriz. Bir küçük, rıza gösterme bakımından tam ehliyete sahip olmaması ve yalnız bir avukatın hazır bulunmasının yeterli olgunluğunun bulunmayışının yerini tutamayacağı açık nedeninden dolayı, kusurun kabulüne ilişkin bir muhakemeye iştirak edemez. ABD’de küçüklerin hariç tutulması kuralı esastır. İtalya’da bu kural, suçlu küçükler hakkındaki 22 Eylül 1988 tarihli kararnamein 25. maddesinden doğmaktadır. Nihayet Fransa’da kural, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 495-16. maddesinde belirtilmiştir.

İkinci değişmez, bütün mevzuatlarda genellikle otomatik ve götürü tepkilerin konusu olan hafif suçlarla ilgilidir. Kusurun kabulü hürriyeti bağlayıcı bir cezaya konu olabilen suçlar bakımından önem

⁸ Yerleştirme farklılaşma olmadan değil, adaptasyon olmaksızın asla yapılmamaktadır. 1791’de Fransa’da kabul edilen İngiliz jürisi örneği buna güzel bir örnektir. J. Pradel, “Le procès par jury, Étude comparée des systèmes français et canadien”, *Travaux de l’Institut de sciences criminelles de Poitiers*, vol. 10, Cujas, 1990, s. 127 vd.

taşımaktadır ve bunun fail bakımından faydası, normalde uygulanacak cezanın onun lehine olarak indirilmesine haklı olarak olanak sağlamasıdır.

2. Hukuk sistemlerine göre değişkenler konusuna gelince, değişkenler hukuk sistemlerinin her birine özgü teknik bir kılıf geçirmeden ibarettir. Bununla birlikte, ağır ve karmaşık suçların hariç tutulması ve serbest bir tretimandan yararlanabilmek bakımından çok tehlikeli kabul edilen bazı suçluların dışarıda bırakılması şeklindeki ortak özelliği belirtelim.

a. Konunun esas olarak uygulama tarafından yönlendirildiği ABD’de ağır suçların kusurun kabulünden hariç tutulduğunu hatırlatalım. Başsavcılığın federal savcılara yönelik 22 Eylül 2003 tarihli bir genelgesi,⁹ bu savcılardan federal suçlara uygulanabilen en ciddi tavsifleri sistematik olarak saklı tutmalarını istemektedir. Böylece 2003 tarihli genelge her türlü hoşgörüyü ve bu suretle ihanet veya casusluk gibi kural olarak ağır suçlar olan federal suçlardan dolayı *plea bargaining* uygulamasını bir yana bırakmaktadır.¹⁰

b. İtalya’da sorun, 1989 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nun, amacı “*usul ekonomisini gerçekleştirmek*” için *patteggiamento*’nun, tehlikeli suçlular ve çok ağır suçlar bakımından bunu tamamen bir yana bırakarak, uygulama alanının genişletilmesi olan 12 Haziran 2003 tarihli bir kanunla yeniden kaleme alınan 444. maddesinde ele alınmıştır.¹¹ 2003 reformundan önce, olası hafifletici nedenler ve en fazla üçte birlik sonraki bir indirim dikkate alınarak, gerçekten hükmedilecek cezanın azami sınırı iki yıldır. 2003 reformu “*iki aşamalı*” bir *patteggiamento*’yu kurumsallaştırmaktadır.¹²

⁹ “Cürüm niteliğindeki suçlardan dolayı takibatların açılması, takibatların tanzimi ve cezaların hükme bağlanması konusunda savcılığın politikasına dair” başlıklı genelge. Başsavcılık (federal suçlardan dolayı) federal soruşturmaları yürütmekte ve düzenli genelgelerıyla federal suçların ne zaman ve nasıl soruşturulacağını açıklığa kavuşturmaktadır. Bkz., J. Cedras, *La justice pénale aux États-Unis*, Economica, 1990, s. 46.

¹⁰ Genelgenin ikinci amacı, cezaların belirli bir oranda tek bir biçime sokulmasını sağlamaktır.

¹¹ G. Lozzi, “*Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall’applicazione di una gitezia negoziale*, Guida al diritto”, *Editoriale processo penale*, août 2003, s. 9.

¹² F. Peroni, “*Le nuove norme in materia di patteggiamento ‘allargato’ e di sanzioni sostitutive*”, *Diritto penale e processo penale*, 2003, s. 1067 vd.

- Öncelikle, somut olayın koşulları ve üçte bire kadar olan sonraki indirim göz önünde bulundurularak, beş yıla kadar hapis cezasının (ya da para cezasının veya hapis cezasının yerine ikame edilen bir cezanın) uzlaşmaya dayalı olarak verilmesi olanağıyla karakterize edilen, ifade doğrusa, bir müşterek hukuk *patteggiamento*'su mevcuttur (m. 444/f.1). Yeni tavan yasal olarak yedi buçuk yıllık hapis cezasına kadar cezalandırılan suçlara *patteggiamento*'nun uygulanabilmesini sağlamaktadır. İtalyan doktrininin genişletilmiş (*allargato*) *patteggiamento* şeklinde adlandırdıkları kurum budur.

- Ardından, fiiller ağır veya fail tehlikeli olduğunda daha sınırlı olan istisnai bir *patteggiamento* oluşturulmuştur. Objektif bakımından mafya tipi örgütlenmeden, yağmaya bağlı olarak kişi hürriyetinin kısıtlanmasından ve terör amaçlı fiillerden dolayı ve subjektif bakımdan itiyadi suçlular, suçu meslek edinen veya suça eğilimli kişiler ve dahası tekerrür durumundaki failler nedeniyle anlaşmaya dayalı olarak verilen ceza, para cezasıyla birlikte veya değil, iki yıl hapis cezasını geçemez (m. 444/f. 1bis).¹³

c. Nihayet Fransa'da kusurun kabulü yalnızca, soyut olarak beş yılı aşmayan bir hapis cezası ve/veya bir para cezası ile cezalandırılan suçlara uygulanmaktadır (Ceza Muhakemesi Kanunu m. 495-7). Şu hâlde çok ağır suçlar değil, orta ağırlıktaki suçlar söz konusudur. Dahası, ispatları az çok ciddi güçlükler ortaya çıkarabilen bazı suçlar hariç tutulmuştur. Bunlar basın suçları,¹⁴ taksirle insan öldürme,¹⁵ siyasi suçlar¹⁶ ve de takibatları özel bir kanunla öngörülen suçlardır.

İncelediğimiz üç hukuk sistemi arasındaki farklılıklar, kusurun kabulünün usuli mekanizması alanında, uygulama alanı konusundaki şimdiden ayırt edilebilir farklılıklara göre, çok daha net olarak ortaya çıkacaktır.

¹³ Genel olarak 2003 reformu hakkındaki mükemmel kolektif inceleme için bkz. *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale, a cura di F. Peroni*, Turin Giappichelli ed., 2004.

¹⁴ Duruşmada ortaya çıkartılabilen gerçeklik iddiasından dolayı.

¹⁵ Tıp veya karayolu trafiği konusundaki örneklerde olduğu gibi, hassas bilirkişi incelemelerine yol açabilmektedir.

¹⁶ Bütün bu suçlar doğrudan mahkemeye çıkılması hâli çerçevesinde daha önceden ayrı tutulmuştur.

B. Çok Farklı Mekanizmalar

Kusurun kabulü, daha önceden söylendiği gibi, taraflar (savcılık ve fail) arasındaki anlaşma safhası ve ardından bu anlaşmanın bir hâkim tarafından incelenmesi safhası olmak üzere iki safhaya ayrılır.

1. Taraflar arasındaki anlaşma, bir yığın sorun ortaya çıkarmaktadır. Hemen belirtelim ki, anlaşma maddi olarak yazılı bir belgede ortaya çıkmaktadır.

a. Öncelikle, anlaşma usulünün içerisinde bulunan önemli kişiler kimlerdir? Sanığın avukatının hazır bulunması değişmesini belirtmek gerekir.¹⁷ Avukat sanığa tavsiyede bulunmak için (hatta ABD’de anlaşmayla ilgili müzakere yapmak için) burada bulunmaktadır. Avukatın rolünün, müvekkiline savcılığın önerisini reddetmeyi tavsiye etmesi ve daha sonra mahkeme tarafından verilen cezanın önerilmiş olan cezadan daha yüksek olması hâlinde, hassas olduğunu kabul etmek gerekir!

Geriye kalan iki değişken ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, fail kimi kez sürekli olarak hazır bulunmakta (İtalya ve Fransa), kimi kez de çoğu zaman dışarıda bırakılmaktadır (ABD) –buna karşın, dışarıda bırakılsa bile, yine de bir avukata muvafakat vermek zorundadır-. İkinci değişken, hâkimin hazır bulunmasına önem vermektedir. Anlaşmayı “değerlendirmekle” görevli bulunan bu hâkimin, mantık gereği sürece katılamayacağı haklı nedeninden dolayı hazır bulunmaması kuşkusuz genel kuraldır. Bu kural İtalya ve Fransa’da mutlaktır. Ancak ABD’de hâkim federal konuda ortaya çıkmamakta ise de (*Federal rules of Criminal Procedure* m. 11e), çözüm eyalete ilişkin konularda daha az belirgindir. Yakın zamanda hâkim, hazır bulunmasının sanık üzerinde zorlayıcı bir etkiye sahip olabileceği ve muhakemenin adil şekilde yürütülmesinin güç olacağı gerekçeleriyle sistematik olarak dışarıda bı-

¹⁷ Hazır bulunma Fransa’da (CMK m. 495-8/f. 4) ve İtalya’da zorunludur. ABD’de 6. değişiklik avukat hakkını benimsemekte ve bu yardımın her türlü ceza muhakemesi bakımından geçerli olduğu herkes tarafından kabul edilmektedir. Bununla birlikte, uygulama, bir *plea bargaining* çerçevesinde bile, sanığın avukatının yardımından, “tavsiyesiz bir savunmanın tehlikelerinden ve sakıncalarından haberdar edilmek koşuluyla”, vazgeçebileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme’nin *Faretta v. California Davası*, 422 US 806, 95 S Ct 2525,45 L. Ed 2d 562 (1975) ve tartışma için bkz. *Criminal Procedure*, 4 ème ed., by Wagne R. La Fave, Jerold H. Israel ve Nancy J. King, Thomson West, 2004, s. 994 vd.

rakılmaktadır. Bugün uygulama, hâkimin yalnızca bir tür kayıt odası olmasından kaçınmak için bazen tersine çevrilmektedir.

b. Ardından anlaşma inisiyatifine kim sahiptir? Savcılık yetkilisi mi, yoksa sanık mı? Ayrıca bu anlaşma muhakemenin hangi aşamasında ortaya çıkmaktadır? İki sorun birbirine bağlıdır. Burada yine, Amerikan, İtalyan ve Fransız hukuk sistemlerinin derinden ayrıldığı ortaya çıkacaktır.

ABD’de *plea bargaining* inisiyatifi genel olarak sanıktadır. Fakat bazen bu inisiyatif iddia makamında olabilmektedir. Talep ya da teklif duruşmadan bir gün önce, hatta duruşma sabahı, davanın tabi olacağı usule karar verildiği esnada, dahası jüri tarafından kararın açıklanmasının hemen öncesinde bile, ortaya konabilir. Öte yandan inisiyatifin duruşmadan uzun zaman önce ortaya konması bir gerçektir.¹⁸

İtalya’da *patteggiamento*’nun başarısı kural olarak iki tarafın, iddia makamının ve soruşturulan kişinin anlaşmasını gerektirmektedir. *Patteggiamento* biri veya diğeri tarafından ileri sürülebilir. Buna göre, savcılığın sanığa bir ceza önerip de, sanığın bunu reddetmesi uygulanan olağan usuldür. Bununla birlikte, öneri sanıktan geldiği ve bunu savcılık reddettiği takdirde, durum daha karmaşıktır. O halde somut olarak, sanık, duruşma hazırlığı esnasında öneride bulunmaktadır. Oysa ki, savcılığın reddi, duruşma (*dibattimento*) hâkiminin önünde *in limine litis* teklifini yenilemeyi sanığa yasaklamamaktadır. Bu hâkim, görüleceği üzere, bunu kabul edebilir. Kısacası savcılığın reddi, *dibattimento* hâkimi, sanık tarafından önerilen cezanın uygun olduğuna kanaat getirdiği takdirde, cezanın indirilmesi uygulamasını engellememektedir.¹⁹ Şu hâlde, her bir usul, taraflar anlaşmadığı takdirde, düzenlenmektedir.

Nihayet Fransa’da durum daha farklıdır. Bir gözaltıyla bitirilebilen bilgi toplamanın sonunda, çalışma odasında faile bir ceza öneren çoğu zaman Cumhuriyet savcısıdır (gerçekte büronun vekili). Savcı aynı zamanda faile, kararını vermesi için on günlük bir süreyi kullanabileceği açıklamasını da yapmaktadır. Bununla birlikte, savcılık *kusurun kabulü* usulünü istemediği, doğrudan celp veya mercie çağırma yo-

¹⁸ L. Weinreb, “La Constitution et le droit pénal”, Journées de la Société de législation comparé, I., 1979, s. 618; J. Cedras, *La justice pénale aux États-Unis, a. g. e.*, s. 254.

¹⁹ M. Mercone, *Diritto processuale penale*, 12 ème éd., ed. Simone, 2004, s. 534.

lunu (CMK m. 390 ve 390-1) bu usule tercih ettiği takdirde, bunlardan birini alan sanık, savcıdan *kusurun kabulü* usulünün uygulanmasını talep edebilmektedir. Böylece savcı fırsatı hemen değerlendirebilir ve ona bir ceza önermek için çalışma odasına çağırabilir. Bununla birlikte, savcı bunu yapmak zorunda değildir. Zira savcı, doğrudan celp veya mercie çağırma yoluyla normal akışı izleyerek mahkemenin görevine bırakabilir (CMK m. 495-15). Şu hâlde Fransa'da *kusurun kabulü* inisiyatifine sürekli olarak sahip olan savcılıktır.²⁰

c. Anlaşmanın niteliği nedir? Savcı ile sanık arasında gerçekten bir müzakere mevcut mudur? Kuşkusuz ABD'de mevcuttur. Sanığın inisiyatifinin ve savcıya öneride bulunmasının ardından savcı, gelişimi içerisinde sanığı ikinci bir öneriye götüren karşı önerilerini yapar. Şu hâlde, bu durum, biraz bazı pazarlardaki tacirler ile müşteriler arasında olduğu gibi, bir anlaşma yapılmaya kadar aralıksız devam etmektedir. Üstelik *plea bargaining* ifadesi de bunu doğrulamaktadır. Çünkü *to bargain* fiili müzakere etmek, pazarlık yapmak anlamlarını ifade etmek istemektedir. İtalya'da da durum aynıdır. *Patteggiamento* pazarlık anlamına gelmekte ve bizzat Kanun'a göre, tarafların talebi üzerine cezanın uygulanmasıdır (*applicazione della pena su richiesta delle parti*). Daha açıkçası, taraflar, anlaşamama durumları hariç olmak üzere, dilekçeyi biçimlendirmeyen tarafın muvafakatiyle ayrı olarak imzalamadıkları sürece, hâkimlere hitaben bir dilekçeyi birlikte imzalarlar. Şu hâlde dilekçe bir müzakerenin, belki bazen sert bir müzakerenin önüne geçmektedir. Doktrin bir "*pazarlık perspektifi*"nden söz etmektedir.²¹

Fransa'da aksine, ön müzakere olmadan bir anlaşmaya varılması kuraldır. Bir ceza önerisinde bulunan sadece savcıdır ve sanık yalnızca, cevabı on gün sonraya ertelemeyi tercih etmedikçe,²² evet ya da hayır şeklinde hemen cevap verebilmektedir. Şu hâlde Fransız kanun koyucusu, özel hukukçuların söylediği gibi, burada sözleşmeden bah-

²⁰ İlkenin uygulanmasında, şahsi hak davacısının rolü saklı tutulsa bile, takibat yapmayı istediği takdirde, takibatın şekline karar veren savcıdır.

²¹ D. Siracurano, G. Tranchina ve E. Zappala, *Elementi di diritto processurale penale*, 2ème ed., Milan, Giuffrè, 2004, s. 192.

²² Bu süre boyunca, savcı gerekli görürse, sanığın adli kontrol altında tutulması ya da tutuklanması amacıyla özgürlükler ve tutuklama hâkimine başvurabilmektedir. Bkz., CMK m. 495-10.

sedilebildiği takdirde, iltihaki akit tezini benimsemiştir. Burada, pazarlıksız anlaşma mevcuttur.

d. Nihayet anlaşmanın içeriği nedir? Bir taraftan İtalya, diğer taraftan Fransa ve ABD arasındaki bir farkı öncelikle belirtmek uygun olacaktır. İtalyan hukukunda sanık kusurunu kabul etmemekte (kusur önceden kabullenilmiş olsa bile) ve savunma hakkından, tanıklarını çağırabileceği duruşma hakkından vazgeçmekle yetinmektedir. Sonuç olarak hâkim, klasik anlamda bir mahkûmiyet kararı vermemekte²³ ve mağdurun hukuk davası hakkında da bir karar alamamaktadır. Mağdur, zararının giderilmesini istediği takdirde, hukuk hâkimine başvurmak zorunda kalacak ve bu hâkim ceza hâkiminin kesinleşmiş kararını beklemek zorunda olmayacaktır (CMK m. 444/f.2, c.2 *in fine*). Ceza davası ile hukuk davasının tamamen ayrımı mevcuttur. Aksine Fransa ve ABD’de, sanık kusurunu kabul etmekte ve aynı zamanda davaya çıkmaktan vazgeçmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi’ne göre, “kusurun kabulü, geçmişteki bir davranışın kabul edilmesinden daha ziyade, davalının bir mahkûmiyet kararının davasız tefhim edilmesine rıza göstermesi, bir jüri veya hâkim önündeki dava hakkında vazgeçmesidir”.²⁴ Bundan, öncelikle sanık tarafından kusurunun kabul edilmesinin mevcut olduğu sonucu çıkarılabilir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 495-8/f.4, kişinin “filleri kabul etmesi”ni açıkça dile getirmektedir. Bundan, mağdurun kusurun kabulü ceza usulü çerçevesinde hukuk davasını açabileceği sonucuna varılmaktadır. Şu hâlde Fransa ve ABD’de, soruşturulan kişi hem fiilleri kabul etmekte (geçmiş bakımından) hem de hızlı bir muhakeme usulü içerisinde kendini güdümlenmektedir (gelecek bakımından). Fiil ve hukukun karışımı söz konusudur. Bununla birlikte, Amerikan hukukunun kusurun kabulünü, Fransız hukukuna göre, daha geniş olarak yorumladığını belirtelim. Gerçekten ABD’de, anlaşma, söylenildiği gibi, hem işlendiği iddia edilen suçların sayısının azaltılmasını, hem de daha az bir tavsifin benimsenmesi yoluyla iddia dışı bırakmayı konu alabilmektedir.

²³ CMK m. 445/f.1bis *in fine*, “kararın bir mahkûmiyet hükmünün tefhimine eşdeğer olduğunu” hatırlatmaktadır. Bu ise, kararın adli sicile kaydedilmesini sağlamaktadır. Ayrıca Yargıtay İş Dairesi’nin 16 Nisan 2003 tarih ve 6047 sayılı kararı, mahkûmiyet kararıyla bir tutulabilir. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 12 Ekim 1990 tarih ve 443 sayılı kararı.

²⁴ Yüksek Mahkeme, *Brady v. United States Davası*, 397 US 742, 748 (1970).

Bunu söyledikten sonra, üç hukuk sisteminde ceza üzerinde anlaşmanın mevcut olduğunu belirtelim.²⁵ En ilginç saptamaların yapılabileceği yer burasıdır. Zira teknik kılıflandırma çeşitlilik arz etmektedir.

ABD’de temel sorun, *plea bargaining*’in ceza ağıyla (*sentencing guidelines*) bağdaşabilirliğidir.²⁶ İlke iyi bilinmektedir. Hâkim cezayı, suçun ağırlığını gösteren dikey bir eksen (içerisinde bu ağırlığa göre kırk kadar tavsif sayılmakta ve sınıflandırılmaktadır) ve failin geçmişteki durumuyla ilgili yatay bir eksen ihtiva eden bir tabloya göre hesaplamak zorundadır. Kesişme noktası hâkime, cezaya, hapis cezasının % 25’ini ya da 6 ayı geçemeyen dar bir makasla karar vereceğini göstermektedir. Ödül bireyselleştirmeye üstün gelmektedir. Bunu söyledikten sonra, 1984’te oluşturulan oranlar, daha sonra birçok defa değiştirilmiştir. Oysa ki, *plea bargaining* ile birlikte, savcı bakımından anlaşmanın uygulanmasının tek şekli, daha az bir ağırlığı benimseyerek tavsifi değiştirmektir. Şu halde, tavsifi belirleyen hâkim değil, failin onamasıyla savcıdır. Hâkim gerçekte bu anlaşmayı tasdik etmektedir.²⁷

İtalya’da, anlaşma hapis cezasına ikame bir yaptırımı, üçte biri indirilmiş bir para cezasını, başlangıçta iki yıl olarak saptanan, hatta 2003 tarihli kanundan beri kural olarak beş yıla çıkarılan bir tavanla birlikte üçte biri indirilmiş bir hapis cezasını konu almaktadır (CMK m. 444). Böylelikle anlaşma, beş yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya kadar varabilmektedir. Dilekçe, anlaşmanın kapsamını cezanın koşullu askıya alınmasına, başka bir ifadeyle cezanın infazının ertelenmesine bile bağlayabilmektedir (CMK m. 444/f.3).

Fransız hukuku daha dardır. Taraflar, gerektiğinde erteleme uygulamasıyla birlikte, üst sınırında bile para cezasında anlaşabilirler. Aynı şekilde bir yıl tavanlı hapis cezası da, olası erteleme uygulamasıyla birlikte, mümkündür. Tamamlayıcı bir ceza da yine karşılaştırılabilir. Bütün bu durumlarda, Ceza Kanunu’nun (“suçun koşulları ve failin kişiliği” gibi muğlak kriterlerin belirtildiği) cezanın bireyselleştirilmesi

²⁵ ABD’de, *plea bargaining*’in bazı iddia nedenlerinin terk edilmesini konu alması durumu hariçtir. Çünkü bu durumda, soruşturma içerisinde kalan nedenler bakımından “ceza indirimi için anlaşma” mevcut değildir.

²⁶ 1984 tarihli *Sentencing Reform Act* isimli federal kanunla benimsenen sistem; J. Pradel, *Droit pénal comparé, a. g. e.,* no: 550.

²⁷ I. Papadopoulos, *Plaidier coupable, La pratique américaine. Le texte français, a. g. e.,* s. 46.

hakkındaki 132-24. maddesinin gerekleri, savcılık bakımından bile, en azından dolaylı olarak uygulanmaktadır. Fransız kanun koyucusunun, hapis cezası hariç olmak üzere, yasal tavanlarda hiçbir şekilde indirim yapılmasını öngörmediğini ifade edelim. Ancak uygulamada savcılar, sanıkları kusurun kabulünü benimsemeye teşvik etmek için, genel olarak hâkimlerin karara bağladığı cezaların altında cezalar önermektedirler. Bununla birlikte, hâkimin kabul etmesi de gereklidir.

2. Sadece taraflar (sanık ve savcılık) arasındaki anlaşmalarla ortaya konamayacak olan ceza adaletinin kamu düzeni niteliği gözönünde bulundurularak, hâkimin kabul etmesi sistematik olarak gerekli görülmektedir. Amerikan hâkimi, sanığın rızasını bilgilendirilme sonucunda vermediği kanaatine ulaşırsa (*Federal Rules of Criminal Procedure* m. 11 d) veya uzlaşmanın temeli ona yanlış görünürse (m. 11 f), anlaşmayı reddedebilmektedir. İtalyan hâkimi, gerçekleşen *patteggiamento'* nun koşullarını uygun görürse, doğrudan cezaya hükmetmektedir (CMK m. 448). Nihayet Fransız hâkimi, kararını gerekçelendirmek suretiyle, "önerilen ceza veya cezaları onaylamaya karar vermektedir". Böylece hâkim, bir kayıt makinesi olmamaktadır (CMK m. 495-11). Bu ise, kusurun kabulünün, "iki sözleşen arasında iki taraflı bir ilişki değil, karşılıklı yükümlülük olmaksızın üçlü bir ilişki olduğunu" doktrine söylettirmektedir.²⁸ Bununla birlikte, önemli tamamlayıcı kural, hâkimin anlaşmayı düzeltmeyeceğidir. Hâkim anlaşmayı mevcut şekliyle ya onaylar ya da onaylamaz. Ayrıca, sanık, savcılığın önerisini kabul ettikten sonra hâkim karşısında bundan vazgeçerse, hâkim, artık mevcut olmayan bir anlaşmayı onaylayamayacaktır. Şu hâlde, sözleşmesel mantık bunu gerekli kılmaktadır.²⁹ Hâkimin takdiri, karar verdiği esnada oluşmaktadır. Nihayet sonuncu müşterek kurallar, hâkimin kararının aleni bir duruşmada verilmesi³⁰ ve savcılığın bu duruşmada ve kararın okun-

²⁸ A. Garapon ve I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, O. Jacob, 2003, s. 72.

²⁹ Fransa'da CMK m. 495-12. İtalya'da Yargıtay'ın 7 Kasım 1991 tarih ve 2831 sayılı ve de 23 Mayıs 1994 tarih ve 1468 sayılı kararları.

³⁰ 9 Mart 2004 tarihli kanun durumuna gelecek olan Fransız Kanunu, duruşmanın "müşavere heyeti hâlinde (*en chambre du conseil*)" cereyan edeceğini öngörmekteydi. Fakat Anayasa Konseyi, 2 Mart 2004 tarihli kararında bu kelimelerin kaldırılmasına hükmetmiştir. Böylece Konsey, duruşmanın ve kazaî nitelik taşıyan ve de hürriyetin kısıtlanması sonucuna götürebilen onaylama kararının aleniyetini gerekli görmüştür (Gerekçeler 117 ve 118).

masında hazır bulunmasıdır.³¹

Üç hukuk sistemine ortak olan ilkeler bunlardır. Bununla birlikte, her bir hukuk sistemine özgü teknik özellikler mevcuttur.

a. ABD’de, birtakım açıklamalar getirmeye itilen, uygulamadır. Birinci örnek, bir savcının duruşmada sözünü tutmaması hâlinde, sanığın artık kabulüyle bağlı olmamasıdır. Daha açıkçası, savcının daha az ağırlıktaki bir tavsifi benimseme yoluyla iddiaları azaltmayı sanığa vaat etmiş ve hatta en yüksek yaptırımın uygulanması amacıyla hâkime hiçbir tavsiyede bulunmayacağını eklemiş olup da, hâkim karşısında en yüksek yaptırımı tavsiye ettiğini düşünelim. Yöntem, hâkimin geri alınmasına ve yerinin başka bir hâkimle doldurulmasına karar veren Yüksek Mahkeme tarafından açık açık eleştirilmiştir.³² Başka bir örnek, savcının duruşmada iyi niyetle sözünü yerine getirmek ve sonuç olarak önerisinin makul olduğu ve adaletin çıkarlarına hizmet ettiği konusunda hâkimi içtenlikle ikna etmek zorunda olmasıdır.³³ Karşılıklı olarak sanık, her şeyi hâkime anlatacağı konusunda savcıya söz verdikten sonra, sorgusu sırasında hâkimden bazı fiilleri gizlerse, savcı artık sözüyle bağlı değildir³⁴ (*Pacta sunt servanda*).

Amerikan hâkiminin uygulamada yalnızca yüzeysel bir denetim yaptığından daha az bir sonuç çıkmamaktadır. Doktrinin önemli eleştirilerinden biri, bu noktadadır. İtalyanlar *patteggiamento*’yu benimsemek istediklerinde, ciddi bir denetimi teşkilatlandıracaklarına söz vermişlerdir.

Nihayet Amerikan hâkimi, *plea bargaining* uygulamasında sanığı mahkûm ederse, eski hâle getirme emri verebilmektedir (*Federal Criminal Code and Rules*, Titre 18 USC §§ 3556 uygulamasında *order of restitution*). Bu emir yalnızca mağdura yapılacak iadeleri değil, aynı zamanda zararın tazminini de kapsamaktadır. Mağdura bu şekilde

³¹ Bununla birlikte Fransa’da, savcılığın hazır bulunması konusunda 9 Mart 2004 tarihli kanun sessiz kalmıştır. Uygulamacılar, duruşmada ve hâkimin kararının okunması esnasında savcının hazır bulundurulmaması alışkanlığını hızla talep ettiler. Yargıtay’ın 18 Nisan 2005 tarihli bir mütalaası, savcılığın hazır bulunmasının zorunlu olduğu çözümünü getirmiştir (D. 2005, s. 1200, J. Pradel’in notu). Bir kanun tasarısı düşünülmüştür. En iyi çözüm yolu savcının hazır bulunmasının sadece ihtiyari hâle getirilmesi olacaktır.

³² Yüksek Mahkeme, *Santobello v. New York Davası*, 404 US 257, 1971.

³³ Yüksek Mahkeme, *United States v. Simmons Davası*, 537 F 2d 1260, 4è circuit 1976.

³⁴ J. Cedras, *La justice pénale aux États-Unis, a. g. e., s. 257*.

göz kırılması anlaşılmaktadır. Zira fail kusurunu varsayımsal olarak kabul etmiştir.

b. Tam olarak İtalya'da Ceza Muhakemesi Kanunu m. 444 § 2, fiilin hukuksal tavsifinin yanı sıra, taraflar tarafından ileri sürülen koşulların karşılaştırılmasının uygulamasını tahkik etmeyi (hazırlık soruşturmasının ya da esas yargılamanın hâkimi olan) hâkimden istemektedir. Üstelik Anayasa Mahkemesi yakın zamanda, önerilen cezanın yerindeliği değerlendirmesinin yapılmasını hâkime yasaklamış olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bir hükmünü iptal etmiştir.³⁵ Muhakemenin çabukluğu kaygısı içerisindeki kanun koyucu, iki ek kural öngörmüştür: 1. Hâkimin kararı ne yargılama giderlerine mahkûmiyeti ne de tali cezaların ve müsadere hariç olmak üzere güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını içerir (CMK m. 445/f.1). Bu ise, suçluları *patteggiamento*'yu talep etmeye teşvik edecek niteliktedir; 2. Hâkimin kararı, cezanın uygulanması dilekçesi hakkında suçluyla anlaşamamış olduğu takdirde savcılık tarafından yapılan başvuru hariç olmak üzere, istinaf kanun yoluna gidilmesine elverişli değildir (CMK m. 448/f. 2).

Nihayet hatırlanacaktır ki, İtalyan hâkimi mağdura tazminat ödemesi konusunda uzlaştırmaya gidememektedir.

c. Fransa'da kanun koyucu, savcılığın dilekçesinin onaylanması konusunda karar vermekle görevli hâkimin yetkilerini büyük bir açıklıkla belirlemiştir. Gerçekten de hâkim, failin ikrarlarının gerçekliğinden, savcılık tarafından önerilen cezanın kabul edildiğinden ve suçun koşulları ve failin kişiliği bakımından haklılığından emin olmak zorundadır (CMK m. 495-11). Kanun açıkça ifade etmemesine karşın, hâkim savcılığın uygun tavsifi hedeflediğinden de emin olmak zorundadır. Gerçekten hâkim, cezanın kabul edildiğini incelemek suretiyle, tavsifin yerindeliğini de dolaylı olarak incelemeye itilmektedir. Kararın gerekçeli olmasını ve sanık avukatının duruşmada hazır bulunmasını eklemeye gerek var mıdır?

Ayrıca hâkimin kararı, mağdurun şahsi hak davasını da sonuca bağlamaktadır (CMK m. 495-13)³⁶ ve bu karar istinaf kanun yoluna

³⁵ 1999'da düzeltilen hükmün yerini, daha önce zikredilen hüküm almıştır; Anayasa Mahkemesi, 2 Temmuz 1990 tarih ve 313 sayılı karar.

³⁶ Hatırlanacaktır ki, İtalya'da *patteggiamento* yolu şahsi hak davasını hariç tutmaktadır. Bu suretle, mağdur hukuk hâkimine başvurmak zorundadır.

başvurulmasına da elverişlidir (CMK m. 495-11/f.2).³⁷ Belirtmek gerekir ki, sadece Fransa bu istinaf yolunu kabul etmektedir. Bu kural, kusurun kabulüne yönelik eleştirileri susturacak nitelikte midir? Bu husus şimdiden, genel olarak bu kurumun meşruluğu sorununu çağrıştırmaktadır.

II. KUSURUN KABULÜNÜN MEŞRULUĞU NEDİR?

Hemen tahmin edildiği gibi, kusurun kabulü sorun çıkarmış ve çok güçlü kaygılara yol açmaktan da geri kalmamıştır. *Plea bargaining*'e yönelik eleştiriler sayısızdır ve sürüp gitmektedir. Bazı yazarlar, şeytanın kutsanmış sudan korktuğu gibi, bu kurumdan korkmaktadırlar. Bir yazar klasik bir çalışmasında,³⁸ bu uygulamayı yıkım olarak nitelendirecek kadar ileri gitmiştir. *Patteggiamento*, 1989 tarihli İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde yürürlüğe konulması sırasında, çok eleştiriye neden olmasa da, Fransa'da kusurun önceden kabulü üzerine mahkemeye çıkma ile ilgili 2003-2004 yıllarındaki parlamento müzakereleri esnasında özel olarak güçlü bir muhalefet ortaya konmuştu.³⁹ Bugün, ABD'de değilse bile, Fransa'da yatıştırma sağlanmaktadır. Öyle görünüyor ki -doğrusunu söylemek gerekirse uzun zamandan beri- kusurun kabulü açık bir zaman kazanmaya yol açsa da,⁴⁰ yaklaştırmaca bir adalete neden olma riskini de üzerinde toplamaktadır.

³⁷ Sadece Fransız hukuku istinaf yolunu kabul etmektedir. Aksine İtalyan hukuku, bu yolu tamamen engelleyerek, sanık ve başsavcı tarafından temyiz yoluna başvurulmasını kabul etmiştir.

³⁸ Stephen J. Schulhofer, "Plea bargaining as Disaster", *101 Yale Law Journal* 1979 (1992). Bununla birlikte, kısa bir süre öncesindeki doktrin daha az katıydı, bkz., J. Richert, "La procédure du *plea bargaining* en droit américain", *Rev. sc. crim.* 1975, s. 375 vd.

³⁹ Bununla birlikte ceza uzlaşmasının Fransa'ya girmesi esnasında, bu teknik bizim kusurun kabulü tekniğine çok benzemesine karşın, hiç kimse eleştirilerini dile getirmemiştir. Ocak 1991'de Cezaevleri Genel Derneği'nde *plea bargaining* hakkında bir müzakerenin cereyan etmiş olduğunu ve avukatlar da dâhil olmak üzere, katılanların muhalefet göstermemiş olduklarını da hatırlatabiliriz.

⁴⁰ Ayrıca kusurun kabulü, duruşmada karara bağlanan bir mahkûmiyetin şüpheliğinden kaçınma, gereğinden fazlasına mahkûm olmayacağına inanan sanığı ve onu her şeye rağmen mahkûm olarak görmek isteyen savcıcıyı tatmin etme avantajı sunmaktadır.

A. Zaman Kazanmanın Açıklığı

Kusurun kabulünün avantajlarına bizi kolayca inandırabilen mantık ve tarihtir.

1. Mantık, duruşmanın delillere ayrılmış oturumu ortadan kaldırdığı takdirde, dava süresinin kısaltılmasını gerekli kılmaktadır. Oturumdan vazgeçilmesi, bir İtalyan yazara göre, muhakemenin yükünün hafifletilmesine ("*deflazione del carico processuale*"), usul ekonomisine ("*risparmio processuale*") yol açmaktadır.⁴¹ Kuşkusuz kusurun kabulü yoluyla ele alınan davalar çok karmaşık olmayan, tam tersine bu nitelikten uzak davalardır. Fakat niceliksel önemlerinden dolayı bu davalar, bütün duruşmaların yapılmalarını zorunlu kılmaktadır. Buna tam olarak inanmak için, örneğin Fransa'da, davaların her birinin iki ila beş dakika kadarlık sürede "*geçip gittiği*"ni çok çabuk olarak saptamak bakımından, şu son yıllarda asliye mahkemelerinin duruşmalarına gitmiş olmak yeterlidir. Adaletin karikatürü "*azarlama*"yı akla getirmektedir! Burada söz konusu olan çelişmeli yargılamadır. Çelişmeli yargılamanın ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olduğu kuşkusuz gün gibi ortadadır.⁴² Fakat bundan, ilkenin bütün davalar bakımından aynı şekilde ortaya konmak zorunda olduğu sonucu çıkarılamaz. Zira, fiiller kabul edildiği takdirde basit dosyalar ile fiiller kabul edilmediği takdirde, basit ya da karmaşık olsun, diğer dosyalar aynı şekilde ele alınamaz. Fransa'da, kusurun kabul edilmesinin ardından mahkemeye çıkma hakkındaki parlamento müzakeresi esnasında Adalet Bakanı M. Perben, "*kusurun kabul edildiği davalar ile kabul edilmediği davaların birbirinden farklı olarak ele alınması gerektiğini*" belirtmekten başka bir şey söylememiştir.⁴³ *Common law*'da, sanığın duruşmanın başında kusurunu kabul etmesi hâlinde, hâkimin doğrudan karar (*sentencing*), başka bir ifadeyle mahkûmiyet aşamasına geçtiğini eklemek gerekir.⁴⁴

Oysaki bugün, aşağı yukarı her ülkede ceza adaleti çok yavaş işlemektedir. Bu husus özellikle Fransa'da belirgindir. Örneğin, asliye

⁴¹ M. Mercone, *Diritto processuale penale, a. g. e., s. 535.*

⁴² Bkz., Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun giriş maddesi. Ayrıca bkz. J. Pradel, *Procédure pénale*, 12ème ed., Cujas 2004, no: 374, 400, 847 vd.

⁴³ Ulusal Meclis önünde 21 Mayıs 2003 tarihli müdahale, 50 déb. parl. 22 Mayıs.

⁴⁴ Bu sistemin, fiillerin kabul edilmesi hâlinde, hâkimin fiillerin nasıl vuku bulduğunu bilememesi gibi kötü bir sonuca sahip olduğu bir gerçektir.

mahkemelerinde cezai karşılığın ortalama süresi on aydır.⁴⁵ Kovuşturmaya alternatifler ve kusurun önceden kabulü üzerine mahkemeye çıkma gibi kovuşturmanın basitleştirilmiş şekillerini geliştirme çifte zorunluluğu bu yüzden doğmuştur.

Basit mekanik bir bakış açısından, klasik kovuşturma modellerine göre daha az zaman israf eden kusurun kabulü, şu halde adalet yönetimi anlamında çok makul ve verimlidir.

2. Bu bakış açısı tarih tarafından da haklı çıkarılmaktadır. Sorgu hâkimi ve hatta derinleştirilmiş ön soruşturması bulunmayan Amerikan hukukunun itham düşüncesinde olduğunu, çünkü hâkim ve jüri tarafından kabul edilen delillerin duruşmada sunulan deliller olduğunu (doğrudan doğruluk ilkesi) hatırlatmak gerekir. Şu hâlde ceza duruşmaları ağır, uzun ve karmaşıktı. XIX. yüzyılın sonundan itibaren bunlar yön değiştirdiler; öyle ki, uygulamacılar yavaş yavaş ve önceleri yasadışı şekilde, delillere ilişkin oturumun bir yana bırakılmasına olanak sağlayan basitleştirilmiş yolları düşünmeye başladılar. Uygulamacılar bütün davaları artık *full trial*, başka bir ifadeyle jüri önünde bir yargılama yapılması yoluyla ele alamamaktaydılar. Böylece *plea bargaining* doğmuş oldu.⁴⁶

İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hazırlayıcıları da başka türlü düşünmemişlerdi. Avrupa Mahkemesi tarafından pek çok kez yaptırım altına alınmış olan kabul edilemez gecikmeler karşısında, kısaltılmış yargılama (*giudizio abbreviato*)⁴⁷ ve *patteggiamento* gibi özel muhakeme usulleri (*procedimenti speciale*, CMK m. 438 vd.) tasarlamışlardı.

⁴⁵ M. Perben'in adı geçen müdahalesi.

⁴⁶ A. Garapon ve I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France, a. g. e., s. 70'* de yukarıda özetlediğimiz konu ayrıntılarıyla anlatılmakta ve *plea bargaining* hakkında pek çok Amerikan eseri, özellikle de Georges FISHER, *Plea bargaining's Triumph, history of plea bargaining in America*, Stanford University Press, 2003 adlı eser zikredilmektedir. Belirtilmelidir ki, ABD'de zaman kazanılması *plea bargaining* lehindeki yazarlar tarafından ileri sürülen tek argüman değildir. Bu yazarlar başka argümanlara, özellikle de polislerin ve savcılarının, jürinin yetkisi dâhilinde olan kusura ilişkin asıl tartışmadan kaçınmak için, dosyayı daha iyi inceleyebilmeleri argümanına başvurmaktadırlar; *Criminal Procedure*, 4 ème ed., by Wagne R. La Fave, Jerold H. Israel ve Nancy J. King, Thomson West, 2004, s. 968.

⁴⁷ Sistem, sanığın savcılığın muvafakatiyle, hazırlık soruşturması hâkiminden esas hakkında karar vermesini talep edebilmesine dayanmaktadır. Bu da, esas mahkemesine başvurulmasını engellemektedir.

Aynı pratik zorunluluklar, Fransız kanun koyucusunu daha ileri bir adım atmaya götürmüştür. Fransız kanun koyucusu, Avrupa'da bunu yapmak zorunda kalan son kanun koyuculardan biridir. Yaklaştırmaca bir adaletin yerleştirilmesi endişesi ve çekingenliği yüzünden mi bu gecikme yaşanmıştır? Şimdi incelenmesi gereken konu budur.

B. Yaklaştırmaca Bir Adalet Riski

1. Birinci risk, *adli hata* riskidir. Amerikan doktrini ısrarla bunun üzerinde çok durmaktadır. Uygulamacılara sorulduğunda, onlar bile, işlemedikleri bir suç, koşulları göz önünde bulundurarak, ikrar eden sanık sayısının % 10'a kadar gidebileceğini itiraf etmektedirler.⁴⁸ Gerçekten de, bir davalı, özellikle önemli oranda olduğu takdirde, bir ceza indirimini kabul etmeye ve daima sonu az çok şüpheli olan bir yargılamada şansını denememeye bu yüzden itilmektedir. Kabul etmek gerekir ki, *plea bargaining* nedeniyle sanık, çelişmeli bir yargılamanın güvencelerinden, özellikle de tanık çağırılmadan vazgeçmektedir.

Fransa'da adli hata riskinin çok daha düşük olduğu bir gerçektir. Kuşkusuz, parlamento müzakeresi sırasında bir milletvekili, kusurun önceden kabulü üzerine mahkemeye çıkma sistemimizin yapay bir adalete yol açacağı, zira ikrarın mutlaka baskı altında yapılacağı değerlendirilmesinde bulunmuştu.⁴⁹ Kanun koyucunun, avukatın hem savcılıkta hem de hâkim önünde düzenli olarak hazır bulunmasını zorunlu kılarak, ilgiliye cevabını vermeden önce on günlük bir süre verme görevini savcıya empoze ederek, nihayet istinaf yoluna başvurma hakkını ilgiliye açık bırakarak güvenceleri artırdığını unutmamak gerekir. Bu güvenceler bizi adli bir hatadan koruyacaktır.

2. Kusurun kabulünün ikinci riski, sanığın kusurlu olduğu farz edilse bile, *adaletsiz bir ceza* riskidir.

Ceza çok ağır olabilmektedir. Bu risk Amerikan doktrini tarafından dile getirilmektedir. ABD'de, sanık hazır bulunmadan pazarlığı yürüten avukat, görüşmeden çekilebileceği gibi, savcıyla da anlaşabilmektedir. Gerçekten de davaların çoğu, re'sen atanmış ve üstelik dava

⁴⁸ Stephen J. Schulhofer, "Criminal Justice as a Regulatory System", 17 *Journal of Legal Studies* 43 (1988).

⁴⁹ Ulusal Meclis önünde 21 Mayıs 2003 tarihinde P. Braouzec'in müdahalesi, JO. déb. parl. 23 Mayıs 2003.

açıldığında daha fazla bu sıfatı taşımayacak olan avukatlarına yetersiz ödeme yapılan yoksul sanıklar hakkındadır⁵⁰.

Ceza çok az olabilmektedir. Bu ihtimal, Fransa’da kusurun kabulü usulünün uygulamasının ilk aylarından itibaren gerçekten de bazı mahkemelerde ortaya çıkmış ve savcıların kurala bağlamak için en düşük “karşılığın” da altına “indikleri” görülmüştü. Fakat hâkim dilekçeyi çok iyi bir şekilde reddedebilir ve bunu yapacak hâkimler şimdiden ortaya çıkmıştır.

3. Geriye kalan üçüncü risk, Fransa’da kusurun kabulü hakkındaki parlâmento oturumu sırasında da çok ileri sürülmüş olan, *ceza muhakemesinin temel ilkelerinin ihlâl edilmesi* riskidir.

Kusurun kabulünde evvela masumiyet karinesinin ihlâl edildiği düşünülmüştür. 9 Mart 2004 tarihli Fransız Kanunu’nun Anayasa Konseyi’nde bir başvuru konusu olduğunu, başvuranların, özellikle, sanığın kusurunu ikrar etmiş olmasından ve bununla muhakemeye farklı bir yön vermiş olmasından dolayı, bu ilkenin tanınmadığını ileri sürmüş olduklarını anımsatalım. Fakat Montpensier Sokağı’nun bilgeleri, buna cevap vermekte hiçbir güçlük çekmediler; “*İlke, 1789 tarihli Beyanname’nin hiç kimsenin suçunu kabul etmeye zorlanamayacağı şeklindeki 9. maddesinden ileri gelse de, ne bu hüküm ne de Anayasa’nın başka bir hükmü bu kişiye kusurunu özgürce kabul etmesini yasaklamamaktadır*”.⁵¹ Kuşkusuz bu durumda kusurun kabul edilmesi muhakemenin seyrini değiştirme etkisine sahiptir. Fakat sanık, avukatının huzurunda kusurunu serbestçe kabul ettiği takdirde ve de çabukluk ve cezanın miktarı anlamında yarar bulunduğunu düşünmekte tamamen haklı ise, bu durum nasıl eleştirilebilir?

Savunma hakları dahi, tanınmamış değildir. Fransa’da avukatın hazır bulunmasının zorunlu olduğunu, failin on günlük bir düşünme süresine sahip olduğunu ve hatta istinaf kanun yoluna başvurabileceğini hatırlatmak gerekir!

Nihayet, savcının en önemli kişi hâline getirildiği gerekçesiyle yargılama ilkesinin azaltıldığı sonucunun ortaya çıktığı⁵² ve özgürlüklerin

⁵⁰ Stephen J. Schulhofer, *Plea bargaining as Disaster*, a. g. e., s. 1988-1991.

⁵¹ Anayasa Konseyi, 2 Mart 2004, No: 2004-492 DC, gerekçe 110.

⁵² Ulusal Meclis önünde 21 Mayıs 2003 tarihinde A. Vallini’nin müdahalesi, JO déb. parl. 24 Mayıs 2003. Bu milletvekili, “*savcının itham etmek, soruşturmayı yürütmek ve*

ihlâl edilme tehlikesi ile karşı karşıya bulunduğu ileri sürülmüştü. Bu husus öncelikle doğru değildir. Zira savcılar da, tıpkı çalışma arkadaşları hâkimler gibi, adli makamın parçasıdır.⁵³ Bu husus sonra yine doğru değildir. Zira her ne kadar savcı öneride bulunsa da, daha önce de belirtildiği gibi, kararı veren ve denetim yetkileri önemli olan hâkimdir.

Sonuç olarak, özünde kusurun kabulü, bağımsız bir hâkimin bulunması, soruşturma ve yargılama ayrımının sürdürülmesi ve özellikle savunma haklarına saygı gösterilmesi dolayısıyla adil yargılanma figürüne (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine) uygun düşmektedir.

*

* *

Bu çalışmanın sonunda, genel olarak iki saptama yapılabilir.

Birincisi, kusurun kabulünün, aşağı yukarı her ülkede mevcut olması dolayısıyla, (kusurun kabulünün bulunduğu) *common law* ülkeleri ile (kusurun kabulünün bulunmadığı) Roma-Cermen ülkeleri arasındaki geleneksel ayrımı bugün için alt üst ettiği.⁵⁴ Bu iki hukuk dünyası arasında yakın zamanda çizilen sınırlar, günümüzde en genel şekliyle silinme eğilimindedir.⁵⁵

İkinci saptama, kusurun kabulünün ilke olarak tartışma götürmediği fikrinin teyit edilmesidir. Bunu mümkün kılan uygulama modelleri mevcuttur. Ayrıca, buradan, kusurun kabulünün iyi bir ceza adaleti yönetimi için mutlak kaçınılmaz bir araç olduğu sonucuna varmak istiyoruz. Bakanlar Komitesi tarafından 17 Eylül 1987 tarihinde benimsenmiş olan ceza adaletinin basitleştirilmesi hakkındaki R (87) sayılı tavsiye kararında Avrupa Konseyi, savcılık ile bir anlaşma so-

yaptırım uygulamak ile görevli olacağını, bunun ise, tek bir kişi için çok olduğunu" özellikle belirtmişti.

⁵³ Anayasa Konseyi, 11 Ağustos 1993, Karar no: 93-326 DC. Bkz., *RFD const.* 1993, no: 16, s. 849' da Th. S. Renoux'nun yorumu. Ayrıca bkz. Th. S. Renoux ve M. de VILLIERS, *Code constitutionnel*, Juris Code Litec, 2004, s. 612 vd.

⁵⁴ A. Langer, "From Legal Transplants to Legal Translations...", *a. g. e.*,

⁵⁵ J. Pradel, "Les procédures pénales dans les droits de common law et romano-germaniques: des frontières qui se brouillent", in *Les nouveaux territoires du droit, colloque des Facultés de droit de Poitiers et de Montréal, Poitiers, Aralık 2002*, Poitiers Hukuk Fakültesi Yayını, 2004.

nucunda, failin kusurunu kabul etmesine dayanan usul mekanizmalarından yana olduğunu ortaya koymaktadır. Bu olanağa sahip olan bütün devletler bu yüzden çok geniş bir kullanım alanı yaratmışlardır. ABD’de davaların yaklaşık %90 ila % 95’i *plea bargaining* yoluyla ele alınmaktadır.⁵⁶ Daha önce zikrettiğimiz, 1971 tarihli *Santobello v. New York* kararında yargıç E. Burger, “soruşturma makamı ile savunma arasındaki anlaşmayla bir ceza davasının çözüme kavuşturulmasının (...) adaletin esaslı bir unsuru olduğunu ve usulüne uygun olarak yürütülürse, teşvik edilmesi gerektiğini” yazmıştır. İtalyanlar *patteggiamento*’yu gittikçe daha çok kullanmaktadırlar ve bu yüzden 2003 tarihli bir kanunla uygulama alanını bile genişletmişlerdir. Bu tür anlaşmalardan yana mevzuatlar kulübüne en son katılan ülke olan Fransa’ya gelince, bu ülke baştan çıkmış görünmektedir. 1 Ekim 2004’ten 8 Nisan 2005’e kadar, toplam 181 mahkemedan 139’u kusurun kabulünü uygulamıştır. 6326 yargılama bu yeni olanakla ele alınmış olup, başarı oranı % 83,2’dir. Üstelik ilginç bir biçimde, Kuzey Amerika doktrininin kusurun kabulüne karşı en sert olduğu dönem,⁵⁷ İtalya ve Fransa’nın kusurun kabulünü geliştirdiği ana denk düşmektedir. Bu ise, müşterek bir ideolojinin (zaman kazanma) ötesinde, mevzuatların teknik plânda birbirilerinden derinden ayrıştığını iyice ortaya koymaktadır.

Böylelikle yeni kurum umut vericidir. Bazı durumlarda uyulması zorunlu bir emirden “müzakere edilmiş bir emre” geçmek suretiyle, sağlıklı gerçek bir devrimi küçük adımlarla benimsetip yaymaktadır.⁵⁸ Fakat her zaman mümkün olan sapmalara dikkat etmek gerekir!

⁵⁶ Federal davaların % 95’i ve eyalet düzeyindeki davaların % 94’ü, doğrudan bir cezayı takip eden *plea bargaining* yoluyla sona ermektedir. Bkz., A. Garapon ve I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France, a. g. e., s. 72.*

⁵⁷ Bu sertlik, *plea bargaining*’in kaldırılmasını ve bunun yerini orta önemdeki davalar bakımından jürinin kaldırılmasına kadar giden diğer normların almasını (*miscellaneous*) veya delillerin duruşmada sunulmasında hâkime büyük bir rol verilmesini bile talep edecek noktaya gelmiştir. Bkz., J. Palmer, “Abolishing Plea Bargaining an End to the Same Old Song and dance”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 26, 1998-1999, s. 505 vd. Bununla birlikte aksi yönde bkz. *Criminal Procedure*, 4 ème ed., by Wagne R. La Fave, Jerold H. Israel ve Nancy J. King, a. g. e., s. 968 vd. Kanada’da fikirler daha az belirgindir. Cezanın belirlenmesi hakkındaki Kanada Komisyonu (1987) ve Kanada Hukuk Reformu Komisyonu (1989) “savunmaya ilişkin anlaşmalara”, mağdurun müzakerelerden haberdar edilmesi, sanığın kavrama gücünün hâkim bakımından incelenmesi hakkı gibi bazı düzenlemeler getirilmesi zorunlu olsa bile, ilke olarak muhalif değillerdir. Bkz. P. Beliveau ve M. Vaclair, *Traité général de preuve et de procédure pénale*, 11ème éd. 2004, Montréal, éd. Thémis, no: 1721 vd.

⁵⁸ N. Rouland, *Aux confins du droit*, 1991, s. 108.