

SAVUNMA VE CEZA YARGILAMASININ TEMELDEKİ KUSURLARI

Av. Prof. Dr. Faruk EREM (*)

I. KUSURLARIN KÖKENİ

Ceza Yargılama Hukukumuzdan her birimiz şikâyetçiyiz. Bu şikâyetle hâkim, savcı, avukat birleşmektedir. O halde bu şikâyetlerimizde haklı mıyız? Bu konuda, bizim dışımızda, başvuracağımız bir ölçü bulunamaz mı? O ölçüye göre yargılama sistemimizi değerlendirmek olanağı yok mudur?

Böyle bir ölçüyü bulabilmek için yargılama hukukunun geçirdiği değişikliğe kısaca tarihi seyri içinde değinmek, bundan sonra yargılama hukukunun esasda neye dayandığını araştırmak istiyorum.

Böylece yakınmalarımızın haklı olduğu anlaşılacak, bunları gidermenin tek çıkar yolunun «Ceza Usulü Kanunumuz»un tümünden değiştirilmesi gereği ortaya çıkacaktır. Yeni bir Yargılama Yasasının hangi temellere dayanması gerektiği de açıklanacaktır.

1) İtham usulü :

Tarihte rastlanan ilk usuldür. İki hasım arasında bir çekişmeye dayanan itham usulünde hâkim dava dışında kalırdı. Ve sonuçta hangi tarafın haklı olduğuna karar verirdi. Hukuk ve ceza davaları arasında başlangıçta fark görülemezdi. Her iki dava türü aynı usule tabi idi. Ceza, tazminat üzerinde, tazminat ceza üzerinde etkili idi.

İtham usulünde daima bir itham eden bulunurdu. Toplum adına her vatandaşın itham yetkisi vardı.

İtham usulünde hâkim her hangi bir girişimde bulunamazdı. Davaya kendiliğinden el koyamazdı. Lüzum görse bile soruşturma işlemlerine başvuramazdı. Çekişmenin dışında kahrıdı.

(*) Ankara Barosu Avukatlarından ve Türkiye Barolar Birliği'nin ilk Başkanı.

İtham usulüne ilk kez Doğu Ülkelerinde rastlanmıştır. Oradan Yunan ve Roma uygarlıklarına geçti. Bu, en eski usuldür. Şu kurallara dayanırdı :

a) İtham olmadan dava başlamaz. İtham edenle kendisini savunan kişi arasında tam bir eşitlik vardır. Duruşma sözlü ve alenidir.

b) Kesin hükme kadar sanık, hürriyetinden mahrum edilemezdi, «tutuklama» yoktu.

2) Tahkik Usulü :

Bu usul ortaçağa rastlar. Bu usulde suçun ve suçlunun araştırılması, soruşturulması suçdan zarar görene bırakılmış değildir. Hâkim hem savcıdır, hem de hâkim. Her türlü soruşturmayı kendisi yapar. Soruşturma yazılı ve gizlidir, tek taraflıdır. Avukata lüzum yoktur. Usul vicahi (yüze karşı) değildir. En mükemmel delil olarak «itiraf» aranır. Bunu elde etmek için «işkence» soruşturma aracı sayılmıştır. Hâkimin kanaatine yer verilmemiştir. «Kanuni delil» yani her suça özgü evvelden belli edilmiş delil aranırdı. Hâkimin mahkûmiyet kararı verebilmesi için her dava çeşidi için evvelden belirtilen delilin elde edilmiş olması zorunlu idi.

Bu sistem Kilise hukukunca benimsenmiştir veya Kilise hukuku bu sistemi yarattı. İşkence genelleşti. Böylece Ortaçağ ve engizisyon dönemi başladı. Bu sistem şu esaslara dayanır:

a) İthamcıya (hatta savcıya) lüzum yoktur. İtham edenle mahkûm eden aynı kişi, yani hâkimdir. Avukata da lüzum yoktur. Her şeyi hâkim çözer.

b) Davalar gizlidir. Bu gizlilik bütün dava süresince devam eder. Böylece Orta Çağ Avrupa'da sürüp gitti.

3) Karma sistem :

Nihayet «Rönesans» (Yeniden doğuş) geldi. Engizisyon sistemi sarsıldı, fakat yok edilemedi, kilise hukuku direniyordu. Ara bulucu anlayışlar, karma usuller ortaya çıktı. Soruşturmanın ilk bölümü gizli, duruşma bölümü aleni idi. Kilise hukukunun direnişi çeşitli karma sisteme sebep oldu. Engizisyon sisteminin kalın izleri varlığını koruyordu. Alman Usul Yasası da bu tür izler taşır. Alman Usulü

dahi tam bir rönesans ürünü sayılamaz. Fakat Anglo - Saksonların tepkisi tamdı. Türkiye Usul Kanunu Alman Kanunundan aldı. Alman Kanunu en az karma olan bir sistemi yansıtır. Esasında karma değildir. Belki şiddeti azaltılmış bir engisizyon dönemini yansıtır.

O halde bugün ceza yargılamasındaki yakınmaların hepsinin kökeni böylece açıklanabilir.

Usul Kanunumuzun genel görünümünü çizdikten sonra niçin hazırlık bölümünün gizli olduğunu, tutuk sanıklarla avukatın görüşmesinin neden gözetim altında tutulduğunu ve diğer sakıncaları böylece açıklamak mümkündür. Bunlara alışıldı. Bu alışkanlık sakıncaların devamını sağladı.

Yepyeni bir usul kanunu yapmak zorundayız. Bazı hükümlerini değiştirmekle Usul Kanunumuz islah edilmiş olamaz. Çünkü esasını teşkil eden anlayış tutarsızdır. Halen engizisyon sistemini Türkiye’de yaşatamayız. Anglo - Sakson sistemine yönelmek zorundayız. O halde nasıl bir «usul yasası» yapılmalıdır :

II. DİYALEKTİK YARGILAMA

1) Açıklama :

Tarihi gelişimi özetledik. O halde itham sistemi diye isimlendirdiğimiz sistemin en iyi sistem olduğunu söyleyebiliriz. Bu sistemin esası diyalektiktir. O halde yürürlükteki Usul Kanununun ve yapılan ilavelerin, eklerin, değişikliklerin ve uygulamanın değerlendirilmesi için aradığımız ölçüye yaklaşıyoruz demektir. Bu ölçü diyalektik kurallarıdır. Pek çok değişiklik - sonuçta - diyalektik kurallarını bozmuştur, diyalektiğin normal seyrinde yürümesini engellemiştir, yanlış sonuçlar vermesine sebep olmuştur. Bu gözlemimizi açıklamak için evvelâ diyalektiğin izahını yapmamız, sonra bundan doğru olan sonuçları çıkarmamız lâzımdır.

Diyalektiğin şöylece tanımlandığına rastlanır : «Her şeyin ustalıklı ve incelikli tartışılması sanatı.» Bu tanım doğru sayılmaz. Diyalektik sadece sözlü tartışma sanatı değildir. «En yüksek diyalektik, insan aklının gerçeği tümünden anlayabilmesidir.»

İnsanlık tarihinde en eski diyalektik uygulaması itham - savunma - hüküm üçlüsüdür. İtham bir «tez»dir, savunma «antitez», hüküm ise tam bir «sentez»dir.

O halde bu usulü doğruyu bulmak için kullanabiliriz. Doğruyu bulmak için sadece tez (itham) yeterli değildir. Eğer antitez (savunma) olmazsa sentez (hüküm) sadece ithamı yansıtır, sonuç yanlış olur.

Hiç bir şey kendi karşıtı olmaksızın (bilinmeksizin) ortaya çıkmaz. O halde savunma olmaksızın, itham değersizdir. Hüküm iki karşıtı bir sonuçta bağdaştırır. Ceza Yargılamasında tez'in karşısında bir tek karineye rastlanır: «Masumluk karinesi». Böyle bir karine kabul eden sistem içinde savunmanın aczinden söz edilemez. Fakat bu karineyi yıkacak bir «takdir»e yer verilmemelidir.

Her davanın özü, çelişkide toplanır. Çelişki oluşum ilkesidir. Diyalektik sadece doğru düşünmek anlamına gelmez, amaç doğruyu, gerçeği bulmaktır. İki karşıt unsurun varlığı (çelişki) bir hareket doğurur. Yargılamanın akışı böylece ortaya çıkar. Herakleitos'un dediği gibi «uyum, karşıtlarla doğar, benzerlerle değil».

Yargılama felsefesi diyalektik dışında kurulamaz. İtham sistemi ile tahkik sistemini birleştirerek «karma sistem»i ortaya koymak, bir başarı değildi. Çünkü ortaya sadece bir «halita» çıktı. Halbuki usul hukukü, kendini bir teknikle dışlaştıran, diyalektik mantığına dayalı kurallar topluluğudur.

Usul hukukunu çeşitli yönlerden inceleyebiliriz. Hatta yorumlarımız farklı da olabilir. Fakat sorun bu hukuku «diyalektik determinizime» ulaştırabilmektir. Yorum, «boş çabaların uğraşısı» olmaktan çıkmalıdır. Diyalektik «ilerletici yorum»a sürekli ve tükenmez kaynak olmalıdır.

Usul hukukunun esası diyalektiktir. Hatta yürürlükteki yasalar - bir derecede - az çok bu gerçeği kabul etmişlerdir. Usul yasamızda yer alan «suç vafında değişiklik ihtarı» buna tam bir örnektir. Çünkü adalet «gafil avlamak» değildir.

Türkiye'mizde şimdiye kadar yasaları açıklamaktan gayri bir çaba denenmedi. Bugün «Türk Adaleti» sosyal değişimi karşılayamamak aczi içindedir. Çünkü, Kanun ortaçağ kanunudur. Diyalektik biçiminde bir düşünce sistemi kuramadık. Usul diyalektiği salt gözlemci değil, kanıtlayıcı mantıktır.

İtham ve savunma, her ikisi de toplum adınadır. İkisi arasındaki eşitlik bundan gelir. Savcı-Avukat eşit haklara sahip olma-

lıdır. Hatta duruşmadaki yerleri bile eşit olmalıdır. Ya savcı avukat gibi yere inmeli veya avukat da kürsüye çıkmalıdır. Her ikisi de «sonuç» da birleşir. Bu hükümdür. «Savcının yeri»ni belirleyen bir hüküm ceza yargılama yasasında bulunmamaktadır. Aksine, itham ile savunma arasında eşitlik «yargı kuralı» olduğuna göre bir düzenleme savcının yerinin değiştirilmesini veya avukatın kürsüye çıkmasını gerektirir.

«Kesin hüküm» üzerinde durulacak bir konudur. Bir şeyin yasal değişmezliği değişmemesine yeterli değildir. O halde, eğer itham koşulları değişirse, hüküm de gerçekte değişmiş olur, Usul Hukukumuzda »Yargılamanın yenilenmesi« kabul edilmiştir. O halde bu kabul dahi, diyalektiğe bağlılığı gösterir. Hatta ortaya şu düşünce atılmıştır. Yargılamaların, belli bir süre sonra kendiliğinden (re'sen) —istek olsun veya olmasın— yenilenmesi bir usul haline getirilmelidir.

Buna karşın verildiği mahkemede kesinleşen (kanun yoluna tabi olmayan) hükmün kesinliği daima tartışılabilir. İtiraz veya temyizi kabil olmayan hükümler, yasa gereğince kesinleşirse de kamu vicdanında aynı kudrete ulaşamazlar, hatta bunu veren makam Yüce Divan olsa dahi. Anayasamızın bu açıdan değiştirilmesi gereklidir. Yüce Divan'da küçük bir kurul yargılamalı, vereceği hüküm Genel Kurul'da temyiz edilmelidir.

2) Diyalektiğin özü :

Diyalektik dar olmayan bir anlam taşır. Bir iddiadan, olumlu veya olumsuz, tüm sonuçlarını —eksiksiz— çıkarabilmek belki bir sanattır. Müdafilik sanatının büyük bir kısmı burada kendini gösterir. Fakat bu mantık ameliyesi aldatıcı veya sadece gerçek benzeri olmamalıdır. Tam gerçeği göstermelidir. Örneğin Stoiciens'lerin ustalığı, daima aldatıcı olmuştur. «Dıştan görünüşün mantığı» biçiminde savunma makbul olamaz. Kandırıcı değil, inandırıcı olabilmek, savunmanın —diyalektik içinde— yeridir. Max Weber, hukuk sosyolojisi eserinde şunları söyledi : «Avukatlar, ancak akılcı dava usullerinin uygulanmaya başladığı devirlerde ortaya çıkmışlardır» ve devam eder : «sadece belli formülleri söylemekle görevli (sözcü) ile tüm hukuk tekniği bilgisini davalı veya davacının savunmasına tahsis eden (Avukat) arasında büyük fark vardır».

Avukatını seçmek özgürlüğünün sınırlandırılması sistemi bozar. Mithat Paşa kendini yargılayanlara «bir avukat ile istişareye hakkımız var mıdır» diye sormuş, «Biz üç avukatın adlarını tesbit ettik, bunlardan birini seçebilirsiniz» cevabını almıştı. Olağan dışı mahkemelerde «mutemed hâkim» kadar mutemed avukat da usul diyalektiği dışındadır.

Usul Kanununda ender hallerde kullanılması öngörülen bazı yetkilerin fazlaca sert bir şekilde kullanılması davanın görünümünü değiştirir. Hakim «iktidar temsilcisi» gibi gözükmemelidir.

Diyalektik, «hüküm» ün gerçekten varoluşunu sağlayabilmesi için bir başka açının gözönünde tutulması gerekir. Bütünsellik ilkesi diyalektik düşüncenin en kapsayıcı ilkesidir. Her hangi bir şeyin tek başına ve içinde bulunduğu bütünden ayrı olarak ele alındığı zaman kavranamayacağını ileri sürebiliriz. İtham ve savunma ancak hüküm içinde değerlendirilebilir. Karşıtlık dıştan gelmez, suçlu insan dediğimiz «bütün» de suçlu olmak istemeyen bir güç vardır. Dava da bir bütündür. Sanığın suçlu olduğunu veya olmadığını kanıtlamak isteyen iki güç karşılaşır. Fakat bunu davanın bütünü içinde tutmakla görevliyiz. Ceza Hukuku'nda geçerli olmayan «kıyaslama» ceza yargısında kabul edilmiştir. Çünkü kıyaslamada geniş bir görüş yer alır. Davaya dıştan gelen bir güç diyalektiği mutlaka bozar. «Olağan dışı yargılamalar» ın kusuru buradadır. Özellikle «savunmanın köleleştirildiği» sistemlerde diyalektik ortam yok edilmiştir. Sonuç, istenilen gibi olmuş ise de gerçek aranmamış, yerine evvelden saptanan bir «gerçek benzeri» çıkmıştır. Usulde «vicahilik kuralı», savunma hakkı daraltılırsa, «müdafiden evrak saklanırsa» usul diyalektiği yanlış sonuç verecektir. Davanın aşamalarında yürütme organının müdahalesi, dosyayı incelemekte, sanıkla görüşmekte çıkarılan güçlükler, hazırlanmaya yetmeyecek çok kısa mehiller, dolaylı sınırlamalar diyalektik dengesini bozar. Savunma heyecanı ile çok defa makul karşılanan davranışların makama hakaret sayılması, işlem yapılması, verilecek hükmün toplumca kabulünü engeller. Savunmanın itham ile birlikte başlaması elbetteki zorunludur.

3) Diyalektiğin sakatlanması :

«Sözlü savunma» esas tutulmalıdır. Sözlü savunmanın lüzumsuzluğu ileri sürülür, yazılı savunma tercih edilir, hatta zaman

zaman sınırlamalara gidildiği görülür. Fakat şu söz hiç unutulmamalıdır : «Sözlü duruşmayı ve sözlü savunmayı kaldırınız arkasından engizisyon gelir».

Diyaletliği bozan nedenlerden biri de «yargı birliği» ne karşı tutumlardır. Genel yargı ve buna eklenen yargı gücünü kullanacak diğer kuruluşlar karşısında şu düşünce akla geliyor : Parçalayınız, hükmedersiniz. Bu açıdan genel yargı organları dışında her organ hatalıdır. Hatta Bakanların Yüce Divan'da yargılanmaları bile. Örneğin bir Bakan'ın rüşvetten ayrı bir mahkemede yargılanmasını haklı gösterecek bir neden yoktur. Memurin muhakatı için de aynı şeyi söyleyebiliriz. Yargı birliği sağlanmalıdır. Adli yargı dışında kalan her kuruluş sakıncalıdır.

«Hiddete bürünmüş adalet» gerçek adalet değildir. «Gösteri adaleti» nde de aynı kusur görülür. «Mahkeme hükmü» kollektif peşin hükmün tescili de değildir. Yargılama yoluyla gerçek hükmü bulmak gerekir. «Zorba hukuk» un yargılama ile ilgisi yoktur.

Bazen savunma serbest olabilir. Fakat yargı yetkisi kısıtlanır. Kanunun iyi ve kusursuz olduğunu yerinde kullanılınca anlarız. Gernalutti'nin dediği gibi «bir usul kanunu hakime itimsatsızlığa göre kurulamaz». Hâkimi her adım atışta yöneltmek isteği sonuçta diyaletliğin verilerini bozar. Kanunun her olaya uygulanmasında hakimin yarattığı bir şey vardır. Bu görüş «Hakim, davasını gördüğü hadisenin kanun koyucusudur» sözünü doğrular. Hakimin üstü kapalı «tehdit» altında bulunması, kişisel korku, diyaletlik dokusunu zedeler, hakimlerin yardımcısı diye isimlendirilen bilirkişilerin «resmî bilirkişi» haline sokulması da diyaletlik kurallarına aykırıdır. Yürütme organınca saptanan listeden bilirkişi seçmek zorunluğu için de aynı şey söylenebilir.

Diyaletlik dokunun iyi ve gerçeğe uygun bir sentezle sonuçlanması, hakime takdim edilen iki unsurun (itham ve savunmanın) kendi kuralları içinde hazırlanmasını gerektirir. Adalet Bakanlığı'nın emri ile açılan kamu davası ne kadar yanlış ise işkence zoru ile alınan ikrara dayalı hüküm de o kadar yanlıştır. İşkenceye dayanabilen insan düşünülemez. Yargıtay'ın «işkence ile elde edilmiş olsa dahi yan delillerin bulunması halinde geçerlilik düşüncesi» isabetli bir uygulama değildir. Zor, gerçeği yok eder. İkrara kaçan beyan karşısında «isterseniz avukatınızı çağıralım» yolundaki uy-

gulama dahi isabetlidir. Avukatın huzurunda olmayan ikrar geçerli sayılmamalıdır.

«Mecburi müdafilik» usulü tesis olunmalıdır. Fransız usul kanununun 114. maddesi, her sanığa —geliri ne olursa olsun— müdafii istemek hakkını tanımıştır. Müdafii Baro Başkanı tarafından seçilir. Alman Kanunu (md. 140) müdafii istemek hakkını fakirlik şartına bağlamamıştır. Belçika'da Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, sanığın müdafii yoksa, duruşmadan evvel bir müdafii tayin eder, eğer unutulursa işlemler batıl sayılır. Bizim usul yasamız «mecburi müdafii» tayini hallerini saymıştır. Fakat bunlar arasında «ağır cezalı işler» yoktur. O halde, müdafisiz «ölüm cezası» verilebilmektedir.

Her biri başka bir isteği yansıtsalar bile bütün savunma kısıtlamalarının birleştiği nokta şudur : Savunmayı etkisiz hale getirmek, dolayısıyla doğru ve gerçekçi sonucu engellemek.

Bu amaçla diyalektik dokusunu zedelemekte kullanılan araçlar üzerinde durmakta fayda vardır : «Eşit silahla çarpışma dengesi»ni bozmak, sık rastlanan usullerdendir. Bu araç ya yasadan gelir, yahut duruşmayı idare edenin müdahalesinden. «Savunma gereklerini getirebilme olanağı» sağlanmazsa diyalektik sonuç vermeyecektir.

Diyalektik somut bir tekniği gerektirir. O halde Ceza Yargılaması Usulü bu tekniği sağlayabiliyor mu? Çapraz sorgusuz usuller diyalektiği sifıra yakın bir düzeye indirir. Bizim usul sistemimiz bunlar arasındadır.

Usul diyalektiğini «son soruşturma» ya indirgeli sayamayız. Kuşkusuz son soruşturmada «aleni celse» de diyalektik daha somut görülür. Fakat tam anlamı ile yargılama diyalektiğinin sonuç verabilmesi «olayların özündeki çelişkileri» aleni celsede tartışma konusu haline getirebilecek kadar açık - seçik ortaya konulabilmesi koşuluna bağlıdır.

İtham - savunma diyalektiğinin doğal koşullarını sağlamak, bu koşulları —başka maksatlarla— bozmamak, gerçek bütüne (gerçek hükme) varabilmenin tek yoludur.

S o n u ç :

Toulemon'nun şu gözlemini belirtmek isterim : «Mutlu yaşamak için gizli yaşamak lâzımdır». Bu kural avukatlar için geçerli

değildir. Avukatlar «sessizce yaşamak hakkı» na sahip değildirler. Solzhenitsyn memleketinden kovulduktan sonra adaleti şöyle tarif etmiştir.

— «Adalet insanlığın çağlar boyu ortak mirasıdır. Bu insan tabiatına kenetli bir kavramdır. Başka hiç bir yerde ona rastlanmamıştır. Adalet ona inananların pek az sayıda var olduğu zamanlarda dahi yaşayabilmiştir. Göreli adalet yoktur, vicdanlarda olmadığı gibi. Zira Adalet bütün insanların, insanlığı bilincidir. Hangi olayda olursa olsun adalete uygun hareket ederseniz asla hataya düşmezsiniz».