

Kıta Avrupası Ceza Yargılaması: ‘‘Efsane’’ ve Gerçek^{*}, ^{**}

Continental Criminal Procedure: ‘‘Myth’’ and Reality

Prof. Dr. John H. LANGBEI^{*}

Prof. Dr. Lloyd L. WEINREB^{}**

Çevirmen Öğr. Gör. Başak Oya KORAP^{*}**

Öz

Prof. Dr. John H. Langbei ve Prof. Dr. Lloyd L. Weinreb’in söz konusu makalesinde makalenin yayınlandığı Yale Law Journal dergisinin bir başka sayısında yayımlanmış ve Prof. Abraham Goldstein ve Arş. Gör. Martin Marcus tarafından kaleme alınmış olan ‘‘The Myth of Judicial Supervision in Three ‘‘Inquisitorial’’ Systems: France, Italy, and Germany’’ adlı makale ele alınmıştır. Goldstein ve Marcus, ‘‘The Myth Of Judicial Supervision in Three ‘‘Inquisitorial’’ Systems: France, Italy, and Germany’’ makalesinde Kıta Avrupası ceza soruşturma ve kovuşturma modelini temsil eden üç Avrupa ülkesi olan Fransa, Almanya ve İtalya’nın ceza muhakemesi hukuku kuralları hakkındaki gözlemlerini tartışmışlardır. Çevirisini yayımlamakta olduğumuz makalenin yazarları olan Langbei ve Weinreb ise söz konusu gözlemleri eleştirmişlerdir. Bu eleştirilere göre; Goldstein ve Marcus’un tanımlamak istedikleri prosedürlerin en önemli özelliklerini yanlış yorumladıklarına ve tanımlarının büyük ölçüde yanıltıcı olduğuna inanmaktadırlar. Aynı zamanda, Kıta Avrupası usullerinden öğrenilecek çok şey olduğunu ve bu usullerin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) koşullarına uyarlandığında, belirgin iyileştirmeler sağlayabileceğini düşünmektedirler. Makalenin özellikle ‘‘I. ALMANYA’’ başlığı altında belirtilen, savcılığın kararının denetlenmesi yani süpervizyonu ile ABD ceza muhakemesi prosedürleri içerisinde bulunan savcılığın şüpheli ile itiraf pazarlığı yapması yetkisi arasındaki farklılıklar üzerine getirilen tespitler oldukça dikkat çekicidir. Bilindiği üzere ülkemizde Ceza Muhakemesi Hukuku kuralları, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kuralları ile benzerlik göstermektedir ve Kıta Avrupası Ceza Muhakemesi Usullerini benimsediğimiz yadsınamaz bir gerçektir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde tercümesini yapmış olduğumuz söz konusu makalenin ABD, Almanya ve Fransa ülkelerinin ceza soruşturması ve kovuşturması usulleri arasındaki farklılıklarını gözler önüne sermek açısından önemli olduğunu düşünmekteyiz.

* Hakemli Çeviri / **Çeviri Geliş Tarihi:** 10.12.2023 – **Çeviri Kabul Tarihi:** 07.02.2024.

** Bu çalışma ‘‘Continental Criminal Procedure: ‘‘Myth’’ and Reality’’ başlığı ile The Yale Law Journal dergisinde Cilt:87, Sayı: 8, Temmuz 1978, s. 1549-1569 aralığında yayınlanan makalenin Türkçe çevirisidir.

• Chicago Üniversitesi Hukuk Profesörü

• Harvard Üniversitesi Hukuk Profesörü

••• Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü, basak.korap@yalova.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5207-1343.

Anahtar Kelimeler

Ceza Muhakemesi Hukuku, itiraf pazarlığı, adli süpervizyon, savcı- sulh ceza hakimi ilişkisi, Kıta Avrupası Hukuku.

Abstract

Prof. John H. Langbei and Prof. Lloyd L. Weinreb's article in question was published in another issue of the Yale Law Journal in which the article was published, "The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and Germany" by Prof Abraham Goldstein and Research Assist. Martin Marcus, discuss their observations on the rules of criminal procedure law in France, Germany, and Italy, three European countries representing the Continental European model of criminal investigation and prosecution. Langbei and Weinreb, the authors of the translated article, criticised these observations. According to these critics, they believe that Goldstein and Marcus have misinterpreted the most important features of the procedures they seek to define and that their definitions are largely misleading. At the same time, they recognise that there is much to be learned from Continental European procedures and that these procedures, when adapted to United States (US) conditions, can lead to significant improvements. Particularly noteworthy are the observations made in the article under the heading "I. GERMANY" on the differences between the supervision of the prosecutor's judgement and the power of the prosecutor to negotiate a plea bargain with the suspect in the US penal procedure. As it is known, the rules of the Penal Procedure Law in our country are similar to the rules of the German Penal Procedure Code and it is an undeniable fact that we have adopted Continental European Criminal Procedures. Within this framework, we believe that the article in question, which we have translated, is important in terms of revealing the differences between the criminal investigation and prosecution procedures of the USA, Germany and France.

Keywords

Penal Procedure Law, plea bargain, Judicial Supervision, relationship between prosecutor and magistrate, Continental European Law.

GİRİŞ

Bu derginin yakın tarihli bir sayısında, Profesör Abraham Goldstein ve Araştırma Görevlisi Martin Marcus, "Kıta Avrupası" veya "engizisyonel- hakimın savcı rolü üstlendiği ceza yargı sistemi" soruşturma ve kovuşturma modelini temsil eden üç Avrupa ülkesi olan Fransa, Almanya ve İtalya'nın ceza usulleri hakkındaki gözlemlerini tartıştılar¹. Goldstein ve Marcus bu ülkelerdeki araştırmalarını, ABD'deki itiraf pazarlığını ve aşırıya kaçan savcılığın takdir yetkisini inceleme arzusunun tetiklediğini belirtmişlerdir. Yazarlar, ABD'deki savcılık takdir yetkisinin ve itiraf pazarlığının suçluluğa yol açabileceği iddialarına

¹ Goldstein & Marcus, "The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and Germany", (1977), Yale L.J. 87, 240, 240 [bundan sonra çapraz referans olmadan "The Myth of Judicial Supervision" (Yargı Denetimi Efsanesi) olarak anılacaktır].

karşı verilen aslında bu yetkilerin, adli kontrol kararları ile denetlendiğine yönelik savunmaların doğruluğunu araştırmak istediklerini belirtmişlerdir.

Ayrıca, suçun soruşturulmasında yargı denetiminin, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hariç tutulması yoluyla resmi suistimalleri caydırma çabalarımızı ne ölçüde bertaraf ettiğini öğrenmekle de ilgilenmişlerdir². Kanaatleri makalelerinin başlığında özetlenmiştir: “Adli Süpervizyon” bir “efsane” dir. Kıta Avrupası ceza muhakemesi sistemlerinin bizimkinden daha katı bir hukuk kuralına bağlı olduğu iddiası “ideolojiye” ve “yetkililerin ideolojiye bağlı olduğu varsayımına” dayanmaktadır³. Savcı ve kendi alanlarında polis Avrupa'da da burada olduğu gibi baskındır; yargısal sorumluluk çoğunlukla diğer yetkililer tarafından oynanan birincil rollere “tepkilidir”⁴. Yazarlar, biz Amerikalılara tanımladıkları modellerden ödünç alma konusunda şüpheli ve temkinli olmamızı tavsiye etmektedir.

Goldstein ve Marcus'un tanımlamak istedikleri prosedürlerin en önemli özelliklerini yanlış yorumladıklarına ve tanımlarının büyük ölçüde yanıltıcı olduğuna inanıyoruz. Haklı olarak belirttikleri gibi, bu ülkedeki ceza adaletinden duyulan ısrarlı ve derin memnuniyetsizlik, birçok insanın başka yerlerdeki uygulamalardan çok şey öğrenip öğrenemeyeceğimizi merak etmesine yol açmıştır. Bu konuda onlarla hemfikiriz. Ceza muhakemesi sanki bölünmez paketler halinde sunuluyormuş gibi “şu model ya da bu model” şeklinde sorulmamalıdır; kendimize “Fransız sistemini” mi yoksa “Alman sistemini” mi benimsememiz gerektiğini de sormamalıyız. Aynı zamanda, Kıta Avrupası usullerinden öğrenilecek çok şey olduğunu ve bu usullerin bizim koşullarımıza uyarlandığında, şu anda sahip olduklarımıza göre belirgin iyileştirmeler sağlayabileceğini düşünüyoruz. Goldstein ve Marcus ihtiyatlı olmayı ve başka yerlerdeki deneyim ve sonuçları dikkatle incelemeyi tavsiye ederken, kendi yaklaşımları ne ihtiyatlı ne de dikkatlidir ve tavsiyelerini yalanlamaktadır. Yazarların da inandığı gibi, konu önemli olduğu için, bu kısa anlaşmazlık beyanını yazmak zorunda kaldık. Aşağıda Fransız ve Alman usulleri hakkında bazı gözlemlerde bulunuyoruz; ikimizin de yakından tanımadığı İtalyan prosedürü hakkında özel olarak yorum yapmıyoruz. Başlıca anlaşmazlıklarımız geneldir. Yazarlar, Kıta Avrupası sistemlerinde polis, savcı ve sulh ceza hakimliği makamlarının Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi aynı çizgide tanımlanmadığına dikkat çekse de, başka yerlerdeki benzer görevlilerin Amerikalı meslektaşlarından büyük ölçüde ayırt edilemez olduğunu düşünüyorlar. Yabancı yetkililerin

² The Myth of Judicial Supervision s.245-246.

³ The Myth of Judicial Supervision s.283.

⁴ The Myth of Judicial Supervision. s.282.

seçim, eğitim ve meslek kurallarındaki ve içinde çalıştıkları kurumsal yapıdaki tüm farklılıkları önemsiz olarak görmezden gelmekte veya reddetmektedirler. Bu da elbette her yerdeki uygulamaların az ya da çok birbirine benzediği sonucunu kaçınılmaz kılıyor. Ancak, yazarların varsaydığı gibi, Fransız bölge savcısı (*procureur*) ve Alman Eyalet Savcısının (*Staatsanwalt'in*) sadece yabancı dil konuşan bölge savcıları olduğu; Fransız polis yargıçısı ve Alman polisinin (*polizei'nin*) sadece farklı uniformalar giymiş bir Amerikan kentinin cinayet masası olduğu; Fransız soruşturma hakiminin (*juge d'instruction'un*), Alman hakimi (*Richter*) ve Amerikan yargıçının, cübbenin altında bir ve aynı olduğu aşikar değildir. Görünürdeki farklılıklar şüphesiz ki, işlev ve performansın altında yatan bir benzerliği maskeleymektedir; ancak bu, bu tür farklılıkları en baştan önemsiz kılan bir ön kabulden ziyade, her durumda somut olarak gösterilmesi gereken bir şeydir. Goldstein ve Marcus, Amerikan “itham sistemi” süreciyle karşılaştırmak için bir Kıta Avrupası ceza usulü modeli oluşturarak ilerlemektedir; modellerinde, savcılık takdir yetkisi ya tamamen ortadan kaldırılmakta ya da “dikkatle kontrol edilmektedir” ve “tam adli tahkikat . . . resmi olarak isnat edilen her suçla ilgili olarak [yapılmaktadır]”⁵. Makalelerinin çoğu, inceledikleri ülkelerde modelle çelişen bulguları açıklamaktadır. Ancak model, bu ülkelerdeki hem teoriyi hem de pratiği yanlış bir şekilde yansıtmaktadır. Aslında, yazarların sandığı gibi, üç ülkenin prosedürlerinin uyduğu tek bir “model” yoktur; aralarındaki farklılıklar birçok açıdan benzerlikler kadar önemlidir⁶. Goldstein ve Marcus, sundukları modelin yanlış olduğunu tespit ettikten sonra şu sonuca varmaktadırlar, gerçekliğin Kıta Avrupası'ndaki uygulamalara benzemesi gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak vardıkları sonuçlar, çoğunlukla altta yatan gerçekliğin “ne olması gerektiğine” dair varsayımlara dayandığından, yerine koydukları model kadar uzaktır.

⁵ The Myth of Judicial Supervision, s.244.

⁶ Örneğin Goldstein ve Marcus'un saldırdığı modelde çok büyük bir yer tutan adli tahkikat teorisi, Fransa ve İtalya'daki prosedürün karakteristiğidir, ancak hakimlerin ön soruşturma sorumluluğunun bulunmadığı Almanya'da böyle bir durum söz konusu değildir. Goldstein ve Marcus, Soruşturma Hakimliği (Untersuchungsrichter) kurumunun 1975 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan çıkarılmasını “Almanya'da sorgu hakimliğinin kaldırılması” olarak tanımlamaktadır. Ibid., s.249. Bunun anlamı, Almanların daha önce Fransızlar gibi yargısal olarak yürütülen bir ön inceleme sistemi uyguladıklarıdır. Aslında, Soruşturma Hakimliği (Untersuchungsrichter) tarafından yapılan inceleme, Alman yargılama usulünün olağan bir aşaması olmayıp, yalnızca bazı çok ciddi veya karmaşık davalarda, özellikle yeminli delillerin korunması amacıyla, savcılık veya savunma makamının talebi üzerine sunulan bir seçenektir. Bkz. Alman Ceza Muhakemeleri Kanunu §§ 178-180, 188, (1975'te yürürlükten kaldırılmıştır), (bundan sonra StPO olarak alıntılanacaktır); Ibid. §§ 251 (1977) (adli olarak yürütülen soruşturmanın teslim alınmasına izin verilmesi). Bu prosedür nadiren kullanılmıştır. Bu sistemin kaldırılması, Goldstein ve Marcus'un okuyucusunun çıkarabileceği gibi, yargılama öncesi sulh ceza hakimliğine ilişkin bir sistemi savcılık sistemi ile “değiştirmemiştir”, Myth of Judicial Supervision, s. 249.

I. FRANSA

Bir davanın soruşturulmasını ve bir juge d'instruction (soruşturma hakimi) tarafından resmi suçlamaların hazırlanmasını Fransız ceza muhakemesi usulünün prototipi olarak ele alan Goldstein ve Marcus, davaların çoğunda gerçeğin farklı olduğunu tespit etmiştir. Bir talimat (hakime ait soruşturma) yalnızca en ciddi suç kategorisi olan cürümler için gereklidir. Ayrıca söz konusu talimat, kabahatler için gerekli olmadığı gibi, aynı zamanda daha az ciddi olan ağır suçların çoğunu da içeren çok daha geniş bir kategorideki suçlar için de gerekli görülmemektedir⁷. Çoğu zaman, bir davayı juge d'instruction'a (soruşturma hakimine) gönderme kararından sorumlu olan procureur (savcı), bir suçun delit (suç) olarak kovuşturulması gerektiğine dair kanıtları görmezden gelir ve bunu bir delit (suç) olarak nitelendirir ve ardından yargılama ve hüküm için doğrudan mahkemeye (ağır ceza mahkemesine- tribunal correctionnel) gönderir⁸. Bu “düzeltme” (*correctinalization*) uygulaması, bir soruşturma sulh ceza hakimi tarafından hazırlanan dava sayısını daha da azaltmaktadır.

Goldstein ve Marcus, davaların küçük bir kısmının bir soruşturma hakimine (juge d'instruction'a) sunulmasını ve özellikle de “düzeltme” (*correctinalization*) uygulamasını Fransız ceza muhakemesi usulü “modelinden” bir sapma olarak değerlendirmektedirler; en azından teorik düzeyde, tüm davalarda olmasa da çoğu davada adli soruşturma yapılmamasının uygunsuz olduğunu ve üzüntü duyulması gerektiğini kuvvetle ima etmektedirler⁹. Bu görüş onların kendi yanlış modelleriyle meşguliyetlerini yansıtmaktadır. Suçlamanın daha az ciddi suçlardan biri olması ve daha fazla soruşturmaya gerek görülmemesi halinde, teoride bile bir talimat öngörülmemektedir¹⁰. Savcının (*procureur*) çok fazla vakada süreci bir talimatla

⁷ Suçlar, beş yıldan fazla hapis cezası ile cezalandırılan cürümlerdir. Fransız Ceza Kanunu (Code PENAL) Maddeler: 1, 6-7, 18-19 (72. baskı. Dalloz 1974-75). Suçlar (Delits), genellikle iki aydan fazla ve beş yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır. Fransız Ceza Kanunu (Code PENAL), maddeler: 1,40, (72. baskı. Dalloz 1974-75). Ayrıca, iki aydan fazla olmayan hapis cezası ile cezalandırılabilen ve aykırılık olarak adlandırılan küçük suçlar kategorisi de bulunmaktadır. Fransız Ceza Kanunu (Code PENAL) maddeler: 1, 465.

⁸ Cour d'assises (Ağır ceza mahkemesi) suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) maddeler: 214,231. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Ağır ceza mahkemesi (tribunal correctionnel), suçları yargılama yetkisine sahiptir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) madde: 381. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Sulh ceza mahkemesi- polis mahkemesi (tribunal de police) ihlallerle ilgili yargı yetkisine sahiptir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) madde: 521. (16. Baskı Dalloz, 1974-75).

⁹ Bkz. Myth of Judicial Supervision s. 250-251.

¹⁰ Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) madde: 79. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Bu husus, ceza muhakemesine ilişkin standart Fransız eserlerinde açıkça belirtilmektedir. Örneğin: “Les

yüklememek için suçları “düzelttiği” şüphesiz doğru olsa da, bunu yapma kararı gerekli bir prosedürden kaçınmaz. Fransa'da suçlamaların ve mahkumiyetlerin çok yumuşak olduğuna inanılabilir; öyle olsun ya da olmasın, suç işlemekle itham edilen kişiler, sahip olmaları gereken bir soruşturmadan mahrum bırakılmamaktadır¹¹. Gerçekten de, Goldstein ve Marcus'un belirttiği gibi, bir dava “ıslah edildiğinde”, sanık ağır ceza mahkemesinin (tribunal correctionnel) yargı yetkisine itiraz edebilir ve davanın bir yargıç tarafından incelenmesini talep edebilir, bu durumda dava bir *suç* olarak nitelendirilebilir¹².

Suçlar ve cürümler arasındaki ayırım ve her biri için gerekli prosedürler, yazarların öne sürdüğünden oldukça farklı bir noktaya işaret etmek için kullanılabilir: sorumlu devlet görevlisi bir suçun soruşturmasının tamamlanmadığına inandığında ve devletin büyük bir suç kanıtlanma niyetinde olduğu tüm durumlarda, bir sulh yargıcının yönetiminde bir soruşturma yapılır. Fransız deneyiminden çıkarabileceğimiz ders, tüm davalarda ayrıntılı suç sonrası soruşturma önerilerine şüpheyle yaklaşmamız gerektiğidir. Her davada adli soruşturma yapılması şeklindeki yanlış model, dikkatimizi sormamız gereken sorudan uzaklaştırmaktadır: Fransa'da çok sayıda cürüm (*delit*) için fiilen öngörülen prosedür, benzer davalarda bizimkine tercih edilebilir mi? Yazarlar, çoğu zaman, bir dava bir soruşturma hakimine (*juge d'instruction'a*) sunulmadığında bile, savcının kendisinin çok az soruşturma yaptığını gözlemlerler. Amerikalı bir savcı gibi o, genellikle polis tarafından toplanan ve dava dosyasında kendisine sunulan kanıtlara dayanır. Bu nedenle, “suçların (*delits*) ezici bir çoğunluğunun polis raporundan biraz daha fazlası olan bir dosyayla mahkemeye çıkması

juridictions d'instruction ont un role trits important, mais limite A certains types d'infractions: en droit fraonais, en effet, l'instruction pr paratoire n'est obligatoire que pour les crimes, qui sont tout de mfme une chose relativement rare; elle est facultative en matiire de delits correctionnels et exceptionnelle pour les contraventions de police”. 2 R. Merle & A. Vitu, *Traite De Droit Criminel*, 2, (1973), s.196; bkz.: Stefani & G. Levasseur, *Procedure Penale*, 9, (1975), s. 32.

¹¹ Merle ve Vitu, diğer Fransız yorumcular gibi, “düzeltme” (*correctinalization*) uygulamasının herkes tarafından kabul edilmesine rağmen, savcının (*procureur*) yasal yetkisinin ötesinde olduğunu gözlemlemektedir. Uygulamanın çeşitli zararlı etkilerine işaret etmektedirler: örneğin, eşit olmayan cezalar, ceza hukukunun caydırıcı etkisinin zayıflaması, polisin cesaretinin kırılması ve suçların yasal tanımının çarpıtılması. Merle ve Vitu, yukarıda zikredilen dipnot 10'da yer alan eser, s.563-564. Bu tür bir “düzeltme” eleştirisi, (doğru ya da yanlış) suç (*delit*) olarak nitelendirilen ve olağandışı ya da karmaşık olmayan bir suçun bir soruşturma hakimine (*juge d'instruction'a*) sunulması gerektiği iddiasından oldukça farklıdır.

¹² Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (*Code de procédure pénale*) madde: 659. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Davada müşteki (*partie civile*) olarak yer alabilecek olan suç mağduru da “düzeltmeye” (*correctinalization*) itiraz edebilir. Aynı şekilde, mağdurun soruşturma hakimi önünde müşteki olarak şikayette bulunması halinde, “düzeltmenin” önüne geçilmiş olur. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (*Code de procédure pénale*) maddeler: 85,86. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Goldstein ve Marcus'un “Myth of Judicial Supervision” adlı eserinde, sayfa 253'te belirttiği gibi, “düzeltme” nadiren bozulur. Bkz. genellikle, R. Merle & A. Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10'daki eser, s.563-564.

muhtemeldir” diyorlar¹³. Benzer şekilde, özellikle ciddi veya karmaşık olmayan bir suçun soruşturulmasında yargıç büyük ölçüde polisin çalışmalarına güvenir. Yazarlar, ister cürümlerden (delits) ister suçlardan bahsedilsin, “Kanun'un resmi gerekliliklerinin perdesi arkasında, Fransız dosyası, derlenme şekli ve hatta içeriği, genellikle sanıldığı gibi bir Amerikan savcısının dosyasından farklı olmayabilir” sonucuna varmaktadır¹⁴. Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi Fransa'da da adi suçlar çoğunlukla polisin suç mahallindeki ilk müdahalesinin bir parçası olarak rutin bir şekilde topladığı kanıtlara dayanarak “çözülür”. Bu gibi durumlarda, soruşturmanın savcıya ulaşmadan önce büyük ölçüde tamamlanmış olması doğaldır; savcının ya da soruşturma hakiminin normalde polis tarafından sağlanan bilgilere dayanması, yalnızca adli soruşturmayı değişmez standart olarak kabul edenleri şaşırtabilir. Fransız usulü bunun aksini öngörmemektedir. Ancak Amerikan polis teşkilatına aşına olan bir kişi, Fransız soruşturma dosyasının “polis raporundan biraz daha fazlası” olduğu şeklindeki ifadeyle yanıtılacaktır. Bu ülkede “polis raporu” öncelikle bir iç polis belgesidir, polisin müdahale etmesini gerektiren bir olayın raporudur ve eğer olay suç teşkil ediyorsa ve birisi suçtan tutuklandıysa, olayın nasıl aydınlatıldığına dair bir kayıttır. Polisin kovuşturma ve mahkumiyet için yasal olarak yeterli bir dayanak sağlaması beklenmemektedir. Raporun hazırlanması, savcılığın hiçbir şekil veya içerik şartına tabi değildir; savcı tarafından, olsa olsa, kanıtlayıcı önemi olmayan gayri resmi bir belge olarak kullanılır. Öte yandan, Fransız soruşturma dosyası, yargılamanın delil temelini bir parçası olarak hazırlanmış ve dosyanın kullanılması amaçlanmıştır. Goldstein ve Marcus'un bir kurgu olarak özetledikleri ceza soruşturma polisi sıfatıyla¹⁵ Fransız polisinden, eksiksiz ve resmi olarak doğru, iddia makamının yanı sıra savunmanın da erişimine açık ve araştırmaya dayalı bir incelemeye dayanabilecek bir soruşturma kaydı hazırlaması beklenmektedir¹⁶. Soruşturma dosyasının bir suçun işlendiğini kanıtlamak için yetersiz olması halinde, dava düşmediği sürece, daha ileri bir soruşturma için bir soruşturma hakimine teslim edilmesi gerekir. Elbette, gerçekler karmaşık değilse ve tartışmaya açık değilse, bir dosya daha kolay derlenir. Zor davalarda olduğu kadar kolay davalarda da, bir Fransız davasının, suçunun ya da cürümünün dosyası, normalde hem

¹³ Myth of Judicial Supervision, s.255.

¹⁴ Myth of Judicial Supervision, s.255-256.

¹⁵ Myth of Judicial Supervision, s.249.

¹⁶ Bkz. örneğin ceza soruşturması polisinin bu suçlarla ilgili soruşturma sorumluluklarını belirten ve polisin adli yönlendirmeden soruşturma yetkisine sahip olduğu apaçık delilleri ortaya koyan ilgili maddeler, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, maddeler: 53-74. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Bkz. genel olarak R. Merle ve Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10, s.249-250.

suçlayıcı hem de suçsuz gösterici kanıtların kalıcı bir kaydını sağlar ve bu, bu ülkede düzenli olarak mevcut olan duruşma tutanağı dışındaki her şeyden önemli ölçüde üstündür.

Goldstein ve Marcus'un Fransız polisinin soruşturma sorumluluğuna ilişkin spesifik yorumları, soruşturma kayıtlarının yeterliliğinden ziyade, polisin illegalliğinin ‘‘adli’’ gözetimi eksikliğiyle ilgilidir. Onlar yine, soruşturmaların yargısal denetimine ilişkin modellerinin sınırlı bir uygulama alanı olduğunu gözlemlemektedirler; zira polisin suç mahalline giderken sulh hakimlerinin refakatinde olması gerekmektedir. Bunun da ötesinde, yazarlar etkili bir ‘‘olaydan sonra inceleme’’ eksikliği karşısında şaşırılmışlardır. Fransız soruşturma hakimi ve mahkemeleri polis davranışlarının yasallığını nadiren araştırır; yasadışı bir eylemi ‘‘hükümsüz kılma’’ yetkisine sahip olsalar da, bunu nadiren bu ülkedeki gibi, yasadışı olarak elde edilmiş kanıtları hariç tutarak yaparlar¹⁷.

Bu durum, önemli ölçüde, Fransa'da polisin görevi kötüye kullanmasına karşı bir çare olarak delillerin karartılmasının burada olduğu gibi uygulanmadığını ortaya koymaktadır. Yasadışı yollardan elde edilen delillerin hariç tutulması arzu edilen bir durum olsa da olmasa da, bu ülkede bu yola geç ve tereddütlü bir şekilde başvurulması¹⁸, bunun bir sürecin diğerinden daha önemli bir özelliği olmadığını göstermektedir. Ceza yargılamasının bizimkine daha çok benzediği İngiltere'de, yasa dışı delilleri hariç tutma kuralının otomatik olarak uygulanması sürekli olarak reddedilmiştir¹⁹. Fransız ve Amerikan hukukları arasında polisin hangi uygulamalarına izin verilebileceği konusunda da farklılıklar vardır ve bunların kovuşturma usullerinin seçimiyle şu ya da bu şekilde bir ilgisi yoktur. Devlet ve birey arasındaki genel olarak daha otoriter ilişkinin bir yönü olarak, Fransa'da polisin daha fazla güç kullanmasına ve bizim terimlerimizle kötüye kullanmasına burada olduğundan daha fazla müsamaha gösterilmektedir. Örneğin Fransız yasaları, en azından Miranda'dan önce²⁰, bu ülkede polis tarafından herhangi bir yetki olmaksızın gerçekleştirilen gözaltında sorgulama türüne belirli koşullar altında açıkça izin vermektedir²¹. Fransa'da yasalara uygun olan bir davranışı burada

¹⁷ Myth of Judicial Supervision, s.254-255.

¹⁸ Yasadışı aramalara ilişkin kural, 1961 yılında Mapp v. Ohio, 367 ABD, 643 (1961) kararına kadar anayasal bir mesele olarak eyaletlere uygulanmamıştır. Mapp'ten bu yana, hem prensipte hem de uygulamada, yasa dışı delilleri hariç tutma kuralları tam anlamıyla başarılı olamamıştır. Bkz. örneğin, ABD v. Ceccolini, 98 S. Ct. 1054 (1978); Stone v. Powell, 428 ABD, 465 (1976) (Dördüncü Değişiklik davalarında hariç tutma kuralının uygulanmasının sınırlandırılması).

¹⁹ Bkz. örneğin, Jeffrey Black'e karşı, [1977] 3 W.L.R. 895 (Q.B.), [1978] All E.R. 555 kararları.

²⁰ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) kararı.

²¹ Belirli durumlarda, Fransız polisinin bir kişiyi, öngörülen koşullar altında, 24 ve bazen 48 saat boyunca sorgulamak üzere gözaltında tutmasına izin verilmektedir. Uygulama şu şekildedir *garde a vue* (polis gözaltısı)

yasalara aykırı olan bir davranışla karşılaştırmamalı ve ardından burada yasalara aykırı olduğu için Fransa'da düzensiz ve denetimsiz olduğu sonucuna varmamalıyız.

Goldstein ve Marcus, Fransız polisinin uygulamalarını açıkça onaylamalarına rağmen, Fransız polisinin yetkilerini sınırlayan kurallara genel olarak duyarlı olup olmadığına dair hiçbir şey söylemiyor. Hesapsızca yazarlar, ceza soruşturmalarının yürütülmesinde Fransız polisinin sulh ceza hakimliğinin (özellikle de savcının) gözetim ve denetimine tabi olduğundan bahsetmemektedir²². Savcı, denetimine tabi polis memurları hakkında düzenli değerlendirmeler yapar ve bu değerlendirmeler memurların resmi sicillerinin bir parçası haline gelir. Böylece polisin doğrudan bürokratik kontrolü için bir çerçeve oluşmuş olur ki bu eksiklik nedeniyle bu ülkede yasa dışı delillerin hariç tutulması kurallarının şüpheli caydırıcı etkisine bel bağlamak zorunda kaldık. Bu kontrol mükemmeldir ve Fransızlar tarafından çok eleştirilmektedir²³; bir şekilde benzediği Alman bürokratik yapısından daha az başarılı olduğu açıktır²⁴. Ancak bunu tamamen görmezden gelmek karşılaştırmayı değersiz kılar.

Goldstein ve Marcus'un bir kurgu olarak reddettiği “adli polis” kavramı, polisin sulh ceza hakimi konumunda olduğunu değil, ne kadar kusurlu olursa olsun, polisin soruşturma işlevlerinin ceza sürecine entegre olduğunu ve rollerinin tamamen ayrı bir tanımından ziyade onun taleplerine cevap verdiğini ima etmeyi amaçlamaktadır. Fransız polisinin kurumsal yapısının güçlü ve zayıf yönleri ile cezai kovuşturmayla olan ilişkisinden öğrenilecek çok daha fazla şey vardır.

Goldstein ve Marcus'a göre, Fransa'da cezai soruşturmaların doğrudan yargı denetimine tabi olmaması, bu dava ile onarılmış değildir. Her ne kadar teoride duruşma “sanığın suçluluğunun mahkeme tarafından aktif bir şekilde araştırılması”²⁵ olsa da, çoğunluğu

denir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, maddeler: 63, 77, 16. Baskı Dalloz, (1974-75); bkz. Myth of Judicial Supervision, s.253. Bu ülkede Miranda kuralları polis sorgusunu engellememiş, sadece bazı resmi gereklilikler getirmiş olabilir. Böyle olduğu ölçüde, mevcut uygulamamızın *garde a vue* ile bazı benzerlikleri vardır, ancak burada sorgulama için gözaltının Fransa'da olduğu kadar uzun sürmesi oldukça nadirdir.

²² Örneğin, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, maddeler: 12, 13, 19, 54, 56, 63-64, 68, 75, 16. Baskı, Dalloz, (1974-1975); genel olarak bkz. R. Merle ve A. Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10'daki eser, s.253-254.

²³ Adli polis olarak görev yapan polisler genellikle barışı koruma gibi başka görevler de üstlenirler. Soruşturma çalışmaları, doğrudan suç mahalline gittikleri durumlarda olduğu gibi, adli bir yetkilendirme uyarınca yapılmadığında, çeşitli sıfatlarıyla sorumluluklarını birbirinden ayırmak zordur. Bürokratik kontrolün sınırları iyi tanımlanmamıştır çünkü denetim, çeşitli politika işlevleriyle ilgili devlet kurumları arasında paylaşılmaktadır; genel olarak bkz. R. Merle ve A. Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10'daki eser, s.222-243.

²⁴ Aşağıdaki sayfa 1560'a bakınız.

²⁵ Myth of Judicial Supervision s. 265.

oluşturan “daha basit ve daha rutin davalar”²⁶ için Continental duruşmasının neredeyse hiç ayırt edilemez olduğunu iddia etmektedirler. Goldstein ve Marcus’un söz konusu teoriyi kabul etmelerinin nedeni, sanığın savunmanın temelini vicdanen sorgulayan bir yargıç önünde suçunu itiraf etmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, yazarlar, Fransız yargılamasının yürütülmesiyle ilgili olarak, ağır ceza mahkemesindeki yargılamaların aşağıdakileri içerebileceğini belirtmek dışında neredeyse hiçbir şey söylememektedir; sanık suçluluğuna itiraz etmezse, hızlı, hatta “göstermelik” olabilir; bu gibi durumlarda, “kanıtların yeterliliğinin ve suçlamanın doğruluğunun anahtarı duruşmanın kendisinden çok dosyada yatmaktadır”²⁷.

Goldstein ve Marcus, ihtilafli gerçeklerin araştırılmasının, bir suç ya da cürümle (delit) itham edilen bir sanık için mevcut olmadığını ileri sürmemektedir. Bunun yerine, sanığın suçlamalara itiraz etmemesi için bu ülkedeki itiraf pazarlığına benzer bir baskıya maruz kaldığını iddia ediyorlar. Tıpkı burada olduğu gibi, “savcı ve hakimin sanık için ne yapabileceği ve sanığın onlar için ne yapabileceğinin kararları açıkça etkilediğini” söylüyorlar²⁸. Bununla birlikte, Fransız uygulamalarına ilişkin somut gözlemlerinin çoğu diğer yöne işaret etmektedir. Goldstein ve Marcus, savcılarının savunma pazarlığına benzer uygulamalarda bulduklarını sürekli olarak reddettiklerini belirtmektedirler.

“ [Savcılar] itirafları ve işbirliğini, suçlamama konusundaki takdir yetkilerini olumlu bir şekilde kullanarak ödüllendirmemekte ısrar etmektedirler. Muhbirlerden şüphe duyduklarını ve pazarlığa karşı düşmanlık beslediklerini ifade ediyor ve merhamet konusunu mahkemelere bıraktıklarını söylüyorlar. Sistem onlara yardımsever suçluların davalarını düşürme yetkisi verse de bunu yapma eğilimi vermiyor; hakime duyulan tarihi saygı, savcılarını davaları mahkemeye göndermeye ve mahkemenin sağlayabileceği her türlü iyileştirmeye yatkın hale getiriyor”²⁹.

Diğer kaynaklardan elde ettikleri bilgiler de savcılarının açıklamalarıyla çelişmemektedir. Yazarlar, “savcı ve savunma avukatı arasında konuşmalar olsa da ... suçlamaların azaltılması veya “düzeltmesi” için bir itirafın “takas” edilmesinden ya çok az bahsedildiğini ya da hiç

²⁶ Myth of Judicial Supervision ,s.268.

²⁷ Goldstein ve Marcus'un tartışmanın bu bölümünde dosyaya yaptıkları atıflar, dosyanın bir Amerikan polis raporuyla karşılaştırılabilir olduğu yönündeki önceki önerilerini önemli ölçüde zayıflatmaktadır.

²⁸ Myth of Judicial Supervision, s.270.

²⁹ Myth of Judicial Supervision, s.277 (dipnot atlanmıştır).

bahsedilmediğini” bildirmektedir³⁰. Bu ülke ile keskin bir tezat oluşturacak şekilde savcılar ve savunma avukatları, pazarlık yaptıklarını kabul etmekte ve özellikle savunma avukatları, Fransa'da itiraf pazarlığı hem uygulamaya hem de meslek etiğine aykırı olsa da, olumlu bir pazarlık elde etmek için özel yeteneklerini sıklıkla ileri sürmektedirler.

O halde Goldstein ve Marcus nasıl oluyor da itiraf pazarlığının ya da yakın bir benzerinin Fransız sürecinin bir parçası olduğu sonucuna varıyor? Avrupa'da, burada olduğu gibi, bir savcının işbirliği yapan bir sanığa karşı daha yumuşak davranma yetkisine sahip olabileceğine dair bazı genel gözlemler dışında, kendilerine söylenenin aksine, tamamen “düzeltme” uygulamasına dayanmaktadırlar: savcı “düzeltme” yaptığında, “aslında, sanığın bir suçla itham edilmesi halinde sahip olacağı tüm süreçten feragat etmesi karşılığında, sanığa daha az bir ceza teklif etmektedir”³¹.

Gizli itiraf pazarlığı olarak bu “düzeltme” (correctionalization) açıklaması, bunu yapması gereken kişiler için tanınmaz olacaktır. Bir kez daha kendi modellerinden yola çıkan Goldstein ve Marcus, bir Fransız sanığın durumunu, sanki adli soruşturma hakkı varmış ve cezasının bir suç için öngörülen cezayı aşmayacağından emin olmak karşılığında bunu feda ediyormuş gibi tanımlamaktadır. Böylece, cezada bazı avantajlar elde etmek için duruşmadan vazgeçen Amerikalı sanığa benzetilmiştir. Ancak, daha ciddi bir suçtan yargılanmakta ısrar etmediğinde bir şeylerden vazgeçtiğini öne sürmek, başta sanık olmak üzere ilgili herkesi ürkütecektir. ABD'den farklı olarak Fransa'da, suçlamanın ciddiyeti kovuşturma sürecini etkilemektedir ve bunun sanığın anlaşmayı kabul etmesiyle hiçbir ilgisi yoktur³². Savcı, “düzeltme” kararını sanıkla veya avukatıyla görüşmeden verir. Sanığın, bir suç için daha ayrıntılı bir yargılamanın kendisine, suçu kabul etmesi halinde kaybedeceği, Amerikalı sanığın beraat etme şansına benzer bir avantaj sağlayacağını düşünmesi için normalde hiçbir neden yoktur.

Suçunu kabul eden Amerikalı sanığın aksine, suçun “düzeltmesini” kabul eden bir Fransız sanık, savcılığın aleyhindeki delillerini kabul etmek zorunda değildir. Hiç şüphe yok ki sanık bazen, bir şekilde çıkar elde etmeyi umduğu için, bir anlamda istemeyerek de olsa

³⁰ Myth of Judicial Supervision, s.269.

³¹ Myth of Judicial Supervision, s.277. “Düzeltme” nin (correctinalization) itiraf pazarlığının bir benzeri olduğuna belki de kendileri de tam olarak ikna olmamış olacaklar ki şöyle ekliyorlar: “Ve Alman deneyimi, Fransız savcılarını iddia ettikleri kadar esnek değillerse, Fransız polislerinin suçlama konusunda oradaki yetkililerin kabul ettiğinden daha fazla takdir yetkisi kullanıyor olabileceğini düşündürüyor” (dipnot atlanmıştır). Böylesine açık bir varsayıma itibar etmek bile, bunun itiraf pazarlığı ile çok az ilgisi vardır.

³² Yukarıdaki sayfa 1551'e bakınız.

işbirliği yapar. Ancak işbirliği, açık veya zımni olarak “düzeltme” şartı değildir. Sanık, kovuşturmayı delilleri arasına koyabilir ve çoğu zaman yapar da. Suçlamalardan tamamen masum olduğunu iddia edebilir, aleyhindeki delilleri sorgulayabilir ve sözde pazarlığın kendi tarafını kaybetme riski olmadan kendi delillerini sunabilir. Bunun tam tersine, Amerikalı sanık suçlamaları doğrulamadığı takdirde suçunu kabul etmeme riskiyle karşı karşıyadır³³. Suçları yargılayan *Cour d'assises'de* (ağır ceza mahkemesi) olduğu gibi *tribunal correctionnel* (ağır ceza mahkemesi) önünde de mahkumiyet, dosyada yer alan ve mahkemeye sunulan suçluluk deliline bağlıdır.

Goldstein ve Marcus'un Fransız ceza yargılamasına ilişkin Amerikanlaştırılmış açıklamalarının bir nedeni, soruşturma ve kovuşturma işlevlerinin yargı işlevlerinden zorunlu olarak ayrı olduğu ve bizim yargı işlevleriyle ilişkilendirdiğimiz niteliklerle yerine getirilemeyeceği yönündeki ön kabulleridir. Dolayısıyla, aradıkları “adli sorumluluğun” sadece bir hakim tarafından diğer görevlilerin, polis ve savcılarının denetlenmesi anlamına gelebileceğini varsayıyorlar. “Adli sorumluluğun” bazı açılardan rollerin yeniden tanımlanması ve işlevlerin bütünleştirilmesi yoluyla sağlanabileceği ihtimali göz ardı edilmektedir. Bu bağlamda, Amerika'yı yeniden keşfetmek konusundaki ısrar, yalnızca Amerikan ceza davası süreci göz önünde bulundurulduğunda mantıklıdır. Bu ülkede savcılık ve soruşturma işlevleri yargı işlevinden ayrı olmakla kalmayıp, aynı zamanda böyle kalmaları bir ilke meselesidir. Ne var ki, Fransa'da uzun bir geleneğin reddettiği şey tam da bu ayrılık ilkesidir. Savcılık ve yargı işlevleri arasında, bölge savcısı ve müdafinin avukat olarak ortak bir işlevi paylaştığı ve yargıç rolünden keskin bir şekilde ayrıldığı buradaki uyumun aksine, önemli bağlantılar vardır. Hem savcılar (procreurs) hem de soruşturma hakimi (juges d'instruction), ilki magistrats du parquet (savcı) ve ikincisi magistrats du siege (hakimler ve savcılarının genel ifadesi) olarak adlandırılan sulh ceza hakimliğinin (soruşturma hakimliği) bir parçasıdır. Sulh hakimleri, sulh hakimliğinin her iki kolunun çalışmalarını içeren ve serbest avukatların eğitiminden farklı olan ortak bir mesleki eğitim alırlar. Her iki türden sulh

³³ Goldstein ve Marcus, savunmayı kabul etmeden önce “savunmanın olgusal dayanağına” ilişkin gerekli soruşturmayı dikkatli bir şekilde yapan bir Amerikalı yargıcın “tartışmasız Kıta yargılamasıyla çarpıcı benzerlikler taşıyan kısa bir 'sorgulayıcı' soruşturma” yürüttüğünü belirtmektedir. *Myth of Judicial Supervision*, s. 268-69. Birçok hâkimin savcının dosyalarını düzenli olarak inceleyip incelemediğini, tanıkları sorgulayıp sorgulamadığını veya sanığı Goldstein ve Marcus'un önerdiği kadar ayrıntılı bir şekilde inceleyip incelemediğini sorguluyoruz. Bazen durum böyle olsa bile, birçok Amerikalı gözlemci bu tür sorgulamaların sanığı, hakimi savunmayı kabul etmeye ikna etmek için gerekli olduğu ölçüde yalan söylemeye mecbur bırakıp bırakmadığını merak etmektedir. Fransız sanığın aksine, suçunu kabul etmek isteyen Amerikalı bir sanığın kendini savunmakla kaybedeceği çok şey vardır.

hakimleri de ortak mesleki birliklere üyedir. Kariyerleri boyunca, sulh hakimlerinin magistrat du parquet'ten magistrat du siege'e ve tersi şekilde görev değiştirmeleri nadir değildir³⁴. Goldstein ve Marcus tüm bunları görmezden geliyor, çünkü savcının Amerikalı bir savcıdan başka bir şey olduğunu iddia etmek “kurgulara başvurmak” anlamına geliyor. Soruşturma veya kovuşturma işlevlerinin yargı işlevleriyle birleştirilmesinin eleştirilmeksizin onaylanması veya taklit edilmesini önermiyoruz³⁵. Bununla birlikte, yakın gözlemlere dayanarak böyle bir kombinasyonun başarısız olduğu veya muhtemelen başarısız olacağı sonucuna varmak başka bir şeydir, bunu bir “kurgu” olarak etiketlemek ve öylece bırakıp gitmek başka bir şeydir.

II. ALMANYA

Goldstein ve Marcus, Almanya'da suç soruşturmalarının çoğunun polis tarafından yürütüldüğünü gözlemlemiştir. Bir kez daha, polis tarafından yasadışı yollarla elde edilen delillerin hariç tutulmasına ilişkin Amerikan hukuk yolunun izlenmediğine dikkat çekiyorlar. Bu nedenle, “hazırlık soruşturması, polisin uymayı tercih ettiği ölçüde Kanun gerekliliklerine uyar” sonucuna varmışlardır³⁶. Gerekliliklerin “gücünü polisin yasal kurallara uymak için hissettiği yükümlülük derecesinden aldığı” eklerken³⁷, yükümlülüğün sadece hissedilmekle kalmayıp yerine getirilmesini sağlamak için dikkatle geliştirilen kurumsal çerçeve hakkında hiçbir şey söylememektedirler.

Alman polis güçleri nispeten büyüktür, eyalet düzeyinde organize ve koordine edilirler ve çok sayıda rütbe ve tazminat derecesine sahiptirler. Her kuvvet meritokratik (liyakate dayalı) terfi politikaları izler ve bunların iyi düzeninden o eyaletin parlamento içişleri bakanı sorumludur. Bu sistem, polis memuruna, kariyeri boyunca personel dosyasında kalacak olan vatandaş şikayetlerinden kaçınması için doğrudan bir teşvik sağlamaktadır. Görevi kötüye

³⁴ bkz. R. Merle ve A. Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10, s.202.

³⁵ Kıta Avrupası usulüne yönelik bazı eleştirmenler, savcının bazı yargısal nitelikler kazanması halinde, hakim de savcının bazı niteliklerini kazanmasının ve bir hakimin her şeyden önce sahip olması gereken tarafsızlıktan yoksun kalmasının muhtemel olduğuna inanmaktadır. Bu durum Fransa'da ve diğer bazı ülkelerde ciddi bir endişe kaynağı olmuş ve buna kısmi bir yanıt olarak savunma avukatlarının bağımsız sorumluluklarını bizim suçlayıcı modelimiz doğrultusunda arttırma çabası gösterilmiştir. Kuşkusuz, bu ülkede savcının işlevini, istenmeyen bir ters etkiye karşı dikkatli bir şekilde korunmadan “yargısallaştırma” çabası tavsiye edilmez. Yargısal rolün bölünmez olarak algılanması gerekmez; sürecin bazı aşamalarında bazı amaçlar için savcılık ve yargı niteliklerinin birleştirilmesi, farklı görevlileri içeren diğer aşamalarda benzer bir birleşimi gerektirmez.

³⁶ Myth of Judicial Supervision, s. 262.

³⁷ Myth of Judicial Supervision, s.262.

kullanma şikayetlerinin soruşturulması için hem idari hem de adli yaptırımlara ilişkin hükümler de dahil olmak üzere kapsamlı bir yasal prosedür bulunmaktadır. Görevlendirilmiş bir birim amiri, herhangi bir vatandaş şikayetini araştırmak ve vardığı sonuçların gerekçelerini belirtmekle yükümlüdür. Şikâyetçi, bir üst birim amirine yeni bir şikâyette bulunarak bu eylemin gözden geçirilmesini sağlayabilir; bu amir de vardığı sonuçları yazılı olarak gerekçelendirmelidir. Her seviyede yazılı bir gerekçe beyanı zorunluluğu, departman içi örtbasları caydırmayı amaçlamaktadır. Şikayetin devam etmesi halinde, azarlamadan emeklilik haklarının kaybıyla birlikte işten çıkarmaya kadar değişen yaptırımlar uygulanabilir³⁸.

Polisin davranışı ceza hukukunu ihlal ettiğinde, vatandaş ilk şikayetini savcıya yapar³⁹ ve disiplin işlemleri genellikle olağan mahkemelerdeki ceza yargılamaları tamamlandıktan sonra gerçekleşir. Amerikalılar cezai kovuşturmaları polisin suiistimalleri için neredeyse umutsuz bir çare olarak görmeye alışkındır. Bununla birlikte, Baden-Württemberg eyaletinde, komşusunun kedisini havalı tüfekle vurduğu iddia edilen bir gencin şikayetini soruşturan polis memuru Otto N'nin davasının Almanya'da nasıl sert bir şekilde ele alındığını düşünün. Çocuk aleyhinde önemli kanıtlar vardı ancak çocuk itiraf etmekte direndi. Polis karakolundaki ifade alma işlemi sırasında polis memuru çocuğa önce tokat atmış, ardından da birkaç kez yumruklamıştır. Çocuğun babası ceza davası açmış ve polis memuru bu suçtan dolayı bir yıl hapis cezasına çarptırılmıştır⁴⁰.

Goldstein ve Marcus, “polise karşı şikayetlerin giderilmesi için ... [nadiren] dava açıldığını ve bunların başarılı olma ihtimalinin düşük olduğunu” söylerken yanılıcıdırlar⁴¹. Suistimali caydırmayı amaçlayan bir sistem amacında başarılı olmuşsa, suistimali düzeltmeye

³⁸ Örneğin Baden-Württemberg'de, amir daha az ciddi bir durumda (1) resmi bir onaylamama olarak tanımlanan ve suçu işleyen memura gelecekte onaylanmayan davranıştan kaçınması için bir talimatın eşlik ettiği bir uyarı; (2) resmi kınama; veya (3) bir aylık maaşı aşmayacak bir para cezası uygulayabilir. Bu yaptırımlar polis memurunun özlük dosyasına işlenir ve terfi ve iş tercihi olasılıklarını etkiler. Daha ciddi durumlarda, bölüm amiri konuyu idare mahkemesindeki disiplin dairesine taşıyacak adımları atmalıdır. Mevcut yaptırımlar arasında (1) beş yıla kadar maaşın beşte bir oranında azaltılması; (2) aksi takdirde uygulanabilecek maaş artışlarının reddedilmesi; (3) daha düşük bir rütbeye indirilmesi; (4) işten çıkarma ve (5) emeklilik haklarının azaltılması veya reddedilmesi yer almaktadır. Ülke Disiplin Yönetmeliği, §§ 4-13 (1962), Baden-Württemberg Eyaleti Toprakları Kanunu No.51, s.3 ve 5 arasında yeniden yayınlanmıştır, (G. Dürig, 1977'de edite etmiştir).

³⁹ Savcının yasal olarak uygulanabilir kovuşturma görevi ile ilgili olarak bkz. s. 1563 ve sonraki dipnot 54.

⁴⁰ 31 Ağustos 1961 tarihli karar, Tübingen Bölge Mahkemesi 2. Büyük Ceza Dairesi, KLS 15/61, onaylandı, 28 Kasım 1961, Federal Adalet Mahkemesi 1. Ceza Senatosu, 457/61. Davayı bilirkişilik günlerinden hatırlayan Erlangen Üniversitesi'nden Profesör Gunther Arzt'a, kararların kopyalarını bizim için temin ettiği için minnettarız. Bu davadaki polis memuru ayrıca daha hafif iki görevi kötüye kullanma suçundan da suçlu bulunmuş ve toplam bir yıl bir ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Elbette departman işlemleri de yapıldı.

⁴¹ Myth of Judicial Supervision, s. 261 (dipnot atlanmıştır).

yönelik eylemlerin nispeten seyrek olması gerekir. Eğer her şikayet soruşturulursa, önemli bir kısmının polisin lehine sonuçlanması gerekir. Almanların polisin suiistimallerini caydırma ve cezalandırma konusunda çoğu Alman hukuk akademisyeni ve diğer hukuk uzmanlarının inandığı kadar başarılı olup olmadıkları, dikkatli ve kapsamlı bir ampirik çalışmayı ödüllendirecek bir sorudur. Goldstein ve Marcus'un dayandığı genellemeler soruyu yanıtlamak için çok az şey ifade etmektedir. Gerçekten de, bahsettikleri tek somut örnek Augsburg'da polis memurlarının başarılı bir şekilde kovuşturulduğu vakalardır⁴². Modern Almanya'daki kadar görünür ve açık sözlü bir basın ve parlamento sürecinin olduğu bir yerde, siyasi tartışmanın, polis istismarı ve dışlayıcı kurallar hakkındaki sert Amerikan tartışmasının gerçek bir karşılığını bilmemesi önemlidir.

Goldstein ve Marcus, yaptıkları görüşmelere dayanarak, Alman savcılarının suçlamalarda Amerikalı savcılara özgü bir takdir yetkisi kullandıklarını reddettiklerini bildirmektedir. Bununla birlikte, kendi bulgularını küçümsüyorlar ve Almanya'da ve gözlemledikleri diğer sistemlerde savcılık “takdir yetkisinin uygulandığı sonucuna varıyorlar... Amerika Birleşik Devletleri'nde bunu destekleyenlerle benzer nedenlerden dolayı”⁴³. Gerçekte, Almanlar son derece ciddi suçların kovuşturulmasında takdir yetkisini ortadan kaldırmada başarılı olmuştur.

Temel kanuni düzenleme basittir⁴⁴. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun madde 152/11, Alman savcının “yeterli olgusal dayanak olduğu ölçüde, kovuşturulabilir tüm suçları kovuşturmasını gerektirmektedir”⁴⁵. *Legalitätsprinzip* olarak adlandırılan bu zorunlu kural, Alman savcının, suçlunun cezai sorumluluğunun kanıtlanabilir olduğu durumlarda kovuşturmayı reddetme yetkisini reddeder. Bununla birlikte, suçlunun suçunun “hafif sayılabileceği” ve “kovuşturulmasında kamu yararı bulunmadığı” hallerde kabahatler (*Vergehen*) için takipsizlik kararı verilmesine izin veren Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu

⁴² Myth of Judicial Supervision, s.261, dipnot 55.

⁴³ Myth of Judicial Supervision, s.280.

⁴⁴ 1970'lerde Amerikalılar tarafından veya Amerikalılar için bu planın amacını, kökenlerini ve işleyişini açıklayan önemli bir literatür üretilmiştir. Bkz. örneğin, Hermann, “The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany”, 41, (1974), U. CHI. Law Review, 468; Jescheck, “The Discretionary Powers of the Prosecuting Attorney in West Germany”, (1970), 18 AM. J. ComP. L., s.508; Langbein, “Controlling Prosecutorial Discretion in Germany”, (1974), 41, U. CHI. L. Rv., s.439.

⁴⁵ Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu (STPO) § 152(11), (1977).

madde 153/I ile sınırlandırılmıştır⁴⁶. Tüm ağır suçlar (*Verbrechen*) ve iki önemsiz davranış kriteri altında mazur görülemeyecek tüm kabahatler kovuşturulmalıdır⁴⁷.

Bu sistemin önemli bir sonucu, ciddi suçlarda suçlama veya itiraf pazarlığı yapılamayacağıdır. Bu tür her davada kovuşturma yapmakla yükümlü olan savcının, örneğin, suçun kabulü karşılığında cezada indirim teklif etme yetkisi yoktur. Zorunlu kovuşturma kuralı, savcının davayı en güçlü ve en kapsayıcı haliyle mahkemeye taşımamasını gerektirir⁴⁸. Eğer savcı bunu yapmazsa, mahkeme savcının hatasını düzeltme yetkisine sahiptir⁴⁹. Sanık suçunu kabul etse bile, maddi gerçeklerin ortaya konması için kanıtların toplanacağı bir duruşma yapılmalıdır.

Alman ceza muhakemesi usulü nispeten hızlıdır⁵⁰, bu nedenle savcının elinden gelse bile yargılamadan kaçınmaya çalışmak için özel bir teşviki yoktur. Savcının ön duruşma dosyası duruşmayı kolaylaştırır, çünkü duruşma hakimi tanıkları ve sanığı sorgularken bu dosyadan yararlanır. Savcı, soruşturmayı kapsamlı ve tarafsız bir şekilde yürütmekle yükümlüdür ve dosya, suçlayıcı olduğu kadar şüphelinin suçsuzluğuna işaret eden deliller de içermektedir⁵¹.

⁴⁶ Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, § 153(1).

⁴⁷ Kanunda öngörülen ve niceliksel önemi olmayan birkaç istisna vardır, Langbein, yukarıdaki dipnot 44, s.458 ve Numara 8'de toplanmıştır.

⁴⁸ Önemsiz ikincil suçların kovuşturulmamasına izin veren önemsiz bir istisna vardır: “eğer [böyle bir kovuşturmanın] yol açabileceği ceza ... sanığa başka bir fiilden dolayı verilen veya verilmesi beklenen cezayla karşılaştırıldığında önemsizse.”, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu - STPO § 154, Langbein, *Comparative Criminal Procedure: Germany* eseri içerisinde tercüme edilmiştir, s.159, 1977.

⁴⁹ Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu – STPO, § 206, J. Langbein, yukarıdaki dipnot 48, s.9'daki eseri içerisinde tartışılmıştır.

⁵⁰ Bkz. J. Langbein, yukarıdaki dipnot 48'deki eseri, s.77, (Casper ve Zeisel'den alınan verilerin özeti, “Lay Judges in the German Criminal Courts”, (1972), I J. LEG. STUD. 135, s. 149-151.

⁵¹ Bu çekişmesiz savcılık uygulaması, Goldstein ve Marcus'un makalesinde yer alan bir başka hatayı da önemli ölçüde ortaya koymaktadır. Yazarlar şöyle diyor: “Alman savcı ... önceden herhangi bir resmi işlem yapmadan bir davayı mahkemeye götürebilir; ön duruşma veya büyük jürinin bir benzeri yoktur”, *Myth of Judicial Supervision* s. 262. Aslında Alman ceza yargılama usulü, Anglo-Amerikan ön duruşmasına oldukça yakın bir benzerliğe sahiptir. *Zwischenverfahren* olarak adlandırılan bu prosedür, ön soruşturma ile yargılama arasında yer alan bir prosedürdür. Prosedürün bu aşamasında, duruşma hakimi savcının sanığın duruşmada hazır bulunmasına dair talebini geçerli sebebe karşılık gelen bir standarda göre inceler, STPO §§ 199-210 (1977), geçerli sebeple ilgili düzenleme; *Ibid*, § 203. Kanun, sanığın savcının talebine itiraz etmesini ve mahkemenin delil toplama da dahil olmak üzere çeşitli yollarla sanığın beyanlarını araştırmasını öngörmektedir. Çekişmeli ön davalar Almanya'da Amerikan uygulamasına göre niceliksel olarak daha az önemli olsa da, Goldstein ve Marcus bunun iyi bilinen ana nedenine değinmemektedir. Alman usulü, savcıya suçlayıcı olduğu kadar suçlu aklamayı da araştırma sorumluluğu yükleyerek, desteklenemeyen davaları ön soruşturma aşamasında sona erdirmeyi amaçlamaktadır, STPO, § 160 (II). Polis de benzer bir hukuki yükümlülüğe sahiptir, bkz. § 136 (II). Basit konular dışında, savcının bir şüpheli hakkında suç duyurusunda bulunmadan önce şüphelinin ifadesini alması gerekmektedir, bkz. STPO §163a (I). Kendisine yöneltilen suçlamalara kolay bir cevabı olan şüpheli bunu o zaman açıklayacaktır. Yazarlardan biri tarafından görüşülen Alman müdafileri, savcıların

Bu dosya, duruşma öncesinde sanık ve müdafisine sunulur⁵² ve onlar da talepte bulunarak savcıdan kendi gözünden kaçan savunma iddialarını ve kanıtları araştırmasını isteyebilir⁵³. Sürpriz ve adli strateji, genellikle basit ve hızlı olan duruşmada büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.

Polis gibi Alman savcılar da katı meritokratik (liyakate dayalı) terfi standartlarına sahip bir kariyer hizmetinin üyeleridir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair tüm kararlar vatandaş şikayeti üzerine incelenebilir (*Dienstaufsichtsbeschwerde*) ve her şikayet ve çözümü ilgili personel dosyalarına işlenir. Zorunlu kovuşturma kuralının uygulanmadığı daha hafif bir kabahat durumunda bile, şikayetçi vatandaş, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın onaylanması halinde bir gerekçe beyanı yayınlamak zorunda olan Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kararın incelenmesini isteme hakkına sahiptir⁵⁴.

Goldstein ve Marcus, Alman zorunlu kovuşturma kuralının tamamen etkili olmaktan daha az bir şey olduğuna dair hiçbir kanıt sunmuyor. Goldstein ve Marcus, bir Alman savcının, bildiği kanıtlar mahkumiyeti destekleyebilecekken ciddi bir suçu kovuşturmayı keyfi olarak reddettiği hiçbir vakaya değinmiyorlar ve görüştükları kişilerden veya başka herhangi birine ait böyle bir vaka raporundan bahsetmiyorlar. Yine de iddia ediyorlar ki: “*Her ne kadar savcılar delil gerekçelerini politik nedenlerle yapılan görevden almaları gizlemek için kullandıklarını inkâr etseler de, delil yetersizliği nedeniyle düşürülen çok sayıda dava göz önünde bulundurulduğunda bu inkârlar gücünü büyük ölçüde yitirmektedir. 1970 yılında, bildirilen 3,3 milyon vakanın yüzde altmış sekizi savcı tarafından bu tür gerekçelerle feshedilmiştir. Bu rakamlar polise bildirilen ancak çözülemeyen suçları içerse de, savcının bir miktar takdir yetkisi kullandığına açıkça işaret etmektedir*”⁵⁵. Goldstein ve Marcus'un

savunma iddialarını tam olarak araştırmalarını sağlamakta zorluk çekmediklerini ve savcılarının genellikle, suçsuzluğu kanıtlayan delillerin bir sanığın yargılanması için yeterli gerekçe olmadığını gösterdiğinde dava açmayı reddettiklerini bildirmektedir. Ancak savcı suçlama görevini yerine getirirken hata yaptığında, Zwischenverfahren sanığın hatayı düzeltmesi için kullanılabilir.

⁵² STPO § 147 (1977).

⁵³ H. Schorn, *Der Strafverteidiger: Ein Handbuch Für Die Praxis*, (1966), s.116.

⁵⁴ Zorunlu kovuşturma kuralının geçerli olduğu ağır suç vakalarında, savcı yine de yeterli olgusal veya hukuki dayanak bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturma yapmayı reddedebilir. Ancak, bu tür davalarda mağdurun sadece departman incelemesi yapılmasını isteme hakkı değil, aynı zamanda eyalet yüksek mahkemesi tarafından adli inceleme yapılmasını isteme hakkı da vardır. Kovuşturmaya zorlamak için bu adli işlemler (Klageerzwingungsverfahren) nadirdir, çünkü kanun, departman incelemesinin yargısal denetimden önce yapılmasını gerektirmektedir ve çoğu hatalı kovuşturmanın kararı departman düzeyinde düzeltilmektedir, bkz. Langbein, yukarıdaki dipnot 44'teki eser, s.463-466.

⁵⁵ Myth of Judicial Supervision, s. 275 (vurgu eklenmiştir) (dipnot atlanmıştır).

yayınlanmamış ve resmi olmayan bir kaynağa dayandırdıkları bu istatistikler son derece yanıltıcıdır. *Polizeiliche Kriminalstatistik* adlı resmi yayın, aynı yıl için tüm ağır suçlar ve trafik ihlalleri dışındaki tüm kabahatler dahil olmak üzere bildirilen suç sayısını 2.413.586 olarak vermektedir⁵⁶. Temizlenmeyen vakaların büyük çoğunluğu, delil elde etmenin zor olduğu, korunmasız malları etkileyen nispeten daha az ciddi kabahatlerdir; örneğin polis, kendilerine bildirilen 133.459 bisiklet hırsızlığı ve 212.726 motorlu araçtan mal hırsızlığı vakasının yüzde yirmisinden azını temizlemiştir⁵⁷. Goldstein ve Marcus, bu istatistiklerin iddia ettikleri gibi çözülmemiş ve ağırlıklı olarak küçük suçlardan başka bir şeyi temsil ettiğine dair hiçbir kanıt sunmamaktadır. Ancak yazarlar bu rakamlara dayanarak Alman savcılarının kanıtlanabilir tüm ağır suç vakalarını kovuşturmalarını gerektiren kurala uymadıklarını ileri sürüyorlar.

Goldstein ve Marcus daha sonra şüpheleri tekrar polise yöneltti⁵⁸. Savcı uslu dursa bile, polis onu kandırabilir, çünkü savcı bir davanın delil yetersizliği nedeniyle sona erdirilmesi gerektiği yönündeki kararını nadiren ikinci kez gözden geçirecektir. Ancak yazarlar, polisin aslında daha iyi bildiği halde delil elde edilememiş gibi davrandığı herhangi bir vakadan bahsetmemektedir. Elbette Alman polis teşkilatları, insan gücünü o anın gerekliliklerine göre tahsis etme konusunda yönetsel takdir yetkisine sahiptir: cinayetler, küçük suçlardan daha kapsamlı bir şekilde soruşturulmaktadır. Ancak Goldstein ve Marcus, bu takdir yetkisinin mantıksız, keyfi veya uygunsuz bir temelde kullanıldığını gösteren hiçbir şey sunmamıştır.

Goldstein ve Marcus, Alman zorunlu kovuşturma kuralının “imkansız talep ettiği: suçun arttığı ve kaynaklar için şiddetli rekabetin yaşandığı bir dönemde yasaların tam olarak uygulanması”⁵⁹ sonucuna vardıklarında, bu kuralın kapsamını ve kurumsal bağlamını yanlış anlamaktadırlar. Zorunlu kovuşturma kuralı, kaynak yetersizliği faktörünü dikkate almak ve ahlaki açıdan daha az sorunlu olan daha hafif suçlar alanında gerekli düzenlemeleri yapmak için kanunla tam olarak ağır suç vakalarıyla sınırlandırılmıştır⁶⁰. Zorunlu kovuşturma kuralı, profesyonellerin buna uyması için uygun teşvikler yaratıldığı ve kovuşturma, ciddi suç

⁵⁶ Ayrıca 2000'in biraz altında devlet güvenliği suçu işlenmiştir. Bundeskriminalamt Wiesbaden, *Polizeiliche Kriminalstatistik*, (1970), s. 1- 31, (R. Holle tarafından 1971 yılında edite edilmiştir). Goldstein ve Marcus tarafından verilen daha büyük rakam muhtemelen 900.000 trafik ihlalini içermektedir.

⁵⁷ Bundeskriminalamt Wiesbaden, *Polizeiliche Kriminalstatistik*, (1970), s.14-107.

⁵⁸ *Myth of Judicial Supervision*, s. 275-276. Yazarlar, Fransa ile ilgili bir başka noktada savundukları gibi, burada da savcıyla ilgili desteklenmeyen bir varsayımı polisle ilgili aynı derecede desteklenmeyen bir varsayım ile desteklemektedirler, bkz. Yukarıdaki dipnot 31.

⁵⁹ *Myth of Judicial Supervision*, s. 280.

⁶⁰ STPO § 153 (1977).

vakalarında olağan yargılamalardan kaçınmak için baskı yaratmayan etkili ve çekişmesiz bir yargılama usulüne göre düzenlendiği için bu kadar sorunsuz işlemektedir.

Goldstein ve Marcus, zorunlu kovuşturma kuralının uygulanmadığı daha hafif kabahatlere dönerek, küçük davaların yargılamasız “ceza emri” prosedürü⁶¹ kapsamında ele alınmasını “Amerikan suçluluk savunmasının doğrudan bir benzeri” olarak tanımlamaktadır⁶². Ancak bu benzetmeyi zayıflatan farklılıklara yeterince vurgu yapmamaktadırlar. Ceza emri, Goldstein ve Marcus'un kendileri de dahil olmak üzere çoğu insanın Amerikan itiraf pazarlığı prosedürünün merkezinde gördüğü özelliklerden yoksundur. Birincisi, Amerikan itiraf pazarlığının önemli bir alanı olan ağır suçlar veya ciddi kabahatler için ceza emri mevcut değildir⁶³. İkincisi, pazarlık söz konusu değildir; sanığa ceza kararını kabul etmesi ya da etmemesi esasına göre teklif edilir. Üçüncüsü, sanığın ceza emrini duruşma lehine reddetmesi halinde, savcı neredeyse hiçbir zaman ceza emrinde yer alan cezadan daha yüksek bir ceza önermemekte ve mahkeme de bunu uygulamamaktadır. Sanığa, yargılanmayı talep etmesi ve mahkum edilmesi halinde daha ağır bir yaptırımla karşılaşacağı tehdidiyle yargılanma hakkından feragat etmesi için baskı yapılmaz⁶⁴. Amerikan itiraf pazarlığının, kabahatlere uygulandığı şekliyle bu ülkedeki olası benzeri, sürücünün bir çözüm olarak kabul edebileceği ya da itiraz edebileceği ve bu durumda bir duruşmaya sahip olabileceği idari para cezasıdır. Çoğumuz cezayı itirazsız kabul etsek de, bu prosedürü bir itiraf pazarlığı olarak görmek gerçekten de garip olacaktır. Trafik cezasına itiraz etmeyi reddeden Amerikalı gibi, bir ceza emrini (*penal order*) kabul eden Alman da kendisini mahkeme masrafından ve sıkıntısından kurtarabilir, ancak suçlamayı veya cezayı etkileyemez. Ceza emri usulü bir kovuşturma yöntemidir, seçici kovuşturma için bir araç değildir.

⁶¹ Savcı, ceza kararının çıkarılması için yerel ceza mahkemesine başvurur. Savcı önerilen kararı taslak olarak hazırlar ve teorik olarak yargıç dosyayı ve kararı inceleyerek kendi kararı olarak kabul eder. Uygulamada bu inceleme genellikle üstünlük yapılmakta ve karar genellikle savcının önerdiklerini içermektedir. Karar, mahkeme tarafından verilen geçici bir hüküm şeklindedir: “Filanca tarihe kadar itiraz etmediğiniz takdirde, filanca cezai yasak(lar)ı ihlal eden filanca davranışınız nedeniyle filanca cezai yaptırım(lar)a mahkum edildiniz.” Kararda sanığa, zamanında (bir hafta içinde) itirazda bulunması halinde ceza yargılamasına tabi tutulma hakkı olduğu belirtilmektedir. Eğer itiraz ederse, ceza emri geçersiz olur ve ceza emri hiç verilmemiş gibi olağan bir ceza yargılaması yapılır, bkz. Langbein, yukarıdaki dipnot 44’teki eser, s.456.

⁶² Myth of Judicial Supervision, s. 267. Anglo-Amerikan suçluluk savunması ile mekanik benzerlik Jescheck’in yukarıdaki dipnot 44’te bahsedilen eseri, s.515’te ve Langbein’in yukarıdaki dipnot 44’te bahsedilen eseri, s. 456’da belirtilmiştir.

⁶³ Bkz. STPO § 407 (1977), (ceza emri prosedürü sadece hapis cezası gerektirmeyen suçlar için yetkilendirilmiştir). 1975 yılına kadar, bir ceza emri kapsamında en fazla altı ay hapis cezası verilebiliyordu.

⁶⁴ Bkz. Langbein’in yukarıdaki dipnot 44’te bahsedilen eseri, s. 457.

Alman ceza muhakemesi usulü, yalnızca küçük kabahatlerin şartlı olarak kovuşturulmamasına ilişkin düzenlemelerinde, cezai suçlamaların bertaraf edilmesinde herhangi bir müzakere unsurunu kabul eder. Hatırlanacağı üzere, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 153. maddesi, kanıtlanabilir cezai sorumluluk hallerinde, suçlunun suçunun önemsiz görülmesi ve kovuşturmada kamu yararı bulunmaması halinde savcının kovuşturmayı reddetmesine izin vermektedir. Bölüm 153a, savcının bu tür bir tasarrufu mağdura tazminat ödenmesi ya da benzer başka bir işlem yapılması koşuluna bağlamasına izin vermektedir. Bununla birlikte, bir kez daha, takdir yetkisinin kullanımı küçük davalarla sınırlıdır⁶⁵, ve pazarlığın kapsamı ve şekli, bu ülkede bir suçun kabulü için yapılan pazarlıkla çok az benzerlik göstermektedir.

Goldstein ve Marcus, ciddi suçlarla ilgili davalarda, sanığın kendisine yöneltilen ana suçlamalara itiraz etmediği Alman davalarındaki suçu kabul etmemizin “daha incelikli bir benzerini”⁶⁶ algılamaktadır. “İtirazsız duruşma kısadır; çok az tanık çağrılır; ve yargıç tanık çağırma görevini gerçekleri ortaya çıkarmaktan ziyade itirafı doğrulamak olarak görür”⁶⁷. Elbette sanık itirafta bulunmuşsa duruşma muhtemelen daha kısa sürecektir. Yazarların kendilerinin de belirttiği gibi: “Yargıcın bir tanığı yakından sorgulaması için görünürde bir neden yoksa ve avukatlardan ya da taraflardan bu yönde bir teşvik gelmiyorsa, sonuç özellikle araştırmaya dayalı olmayan ve dosyanın dışına çıkma olasılığı düşük bir duruşma olacaktır”⁶⁸. Bu tür yargılamalar, tüm şüphelerin sanık lehine çözümlenmesi kuralı akılda tutularak, koşulların gerektirdiği ölçüde derinlemesine incelenir. Goldstein ve Marcus'un bu tür davaların “engizisyon teorisinin vaat ettiği tam ve bağımsız adli soruşturmadan”⁶⁹ uzaklaştığı sonucuna

⁶⁵ Goldstein ve Marcus'un dayandığı Herrmann'ın çalışması, bkz. s. 243 dipnot 8'de, bkz. Myth of Judicial Supervision, Alman Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu m.153a bölümünün esas olarak trafik kabahatleri ve diğer önemsiz kabahatler için kullanıldığını göstermektedir. Herrmann, yukarıdaki dipnot 44'teki eser , s.489-493.

⁶⁶ Myth of Judicial Supervision, s.267.

⁶⁷ Ibid, s.267-268. Tanıkların “çağırılmamasına” yapılan atıf yanıltıcıdır. Dosyada duruşma öncesi bir itiraf olmadığı sürece, duruşma mahkemesi sanığın itiraz edip etmeyeceğini önceden bilemez. Bu nedenle mahkeme ilgili tüm tanıkları çağıracaktır. Duruşmada her zaman önce sanık dinlenir. Daha sonra itiraf ederse, mahkeme genellikle potansiyel tanıklardan sadece bazılarını çağırır ve sanığın itiraf ettiklerini doğrularlarsa mahkeme diğerlerini çağırmaz. Casper ve Zeisel, 500'den fazla Alman davasından oluşan bir örnekte duruşma süresini ve müzakere süresini ölçmüştür. Sanığın itirafta bulunduğu örnek davaların %41'inde daha az yargılama süresine ihtiyaç duyulduğunu, ancak “farklılıkların Amerikan deneyimine dayanarak beklenenden çok daha küçük olduğunu” tespit etmişlerdir. Müzakere süresi neredeyse hiç farklılık göstermemektedir, bu da [ihtilaflı davalarda bile] müzakere süresinin büyük kısmının ceza konusuna ayrıldığını göstermektedir”. Casper ve Zeisel, yukarıdaki dipnot 50'de yer alan eser, s.150.

⁶⁸ Myth of Judicial Supervision, s.266.

⁶⁹ Myth of Judicial Supervision s.266-267.

varmak için hiçbir dayanağı yoktur. Bu tür yargılamaları, “giderek artan sayıda Amerikan yargı sisteminde suçun kabul edilmesi” için yapılan hızlı yargılamaya benzettiklerinde⁷⁰, suçluluğun açık olduğu bir davayı, tanımı gereği suçluluğun kanıtlanmadığı bir davaymış gibi ele alıyor görünmektedirler.

DEĞERLENDİRME

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Goldstein ve Marcus'un kendileri de önemli ölçüde yıkmaya çalıştıkları efsanelerin esiri olmuş durumdadır. Ziyaret ettikleri ülkelerdeki hiçbir uygulayıcı veya akademisyen, rutin davaların büyük çoğunluğunda izlenen prosedürlerin, en zor ve ciddi davaları karakterize eden ayrıntılı ve uzun soruşturma ve yargılama süreçlerini içerdiğini iddia etmez. Goldstein ve Marcus'un sadece alıntı yaptığı bazı İngilizce yazılardan gerçekten de böyle bir yanlış anlama türetilabiliyorsa, gerçekte ne olduğunu açıklamak için sadece bu tür kaynaklara güvenmemek için daha fazla neden vardır. Yazarların üç yabancı ülkenin ceza usullerini tanımladıklarını iddia ettikleri, ancak bu ülkelerin hiçbir literatürüne atıfta bulunmadıkları ve hatta yabancı literatürü “gözden geçirmediklerini” kabul ettikleri bir makale karşısında şaşkınlığa uğradığımızı itiraf ediyoruz⁷¹. Belli ki her bir ülkede kendi

⁷⁰ Myth of Judicial Supervision s.268.

⁷¹ Myth of Judicial Supervision, s.245, dipnot 16. Yazarlar, Fransız, Alman ve İtalyan literatürünü göz ardı etmelerini, bu ülkelerdeki akademisyenlerin “Amerikan sistemi hakkında mevcut olanla karşılaştırılabilir çok az ampirik açıklama olduğu veya hiç olmadığı görüşünü” doğruladıkları gözlemiyle açıklamaktadır. Her ne kadar bu ülkelerde buradaki kadar sık tam kapsamlı ampirik çalışmalar yapılmamış olsa da, yabancı literatür, çoğu zaman eleştirel olmak üzere, gerçek uygulamaları tanımlayan materyallerden yoksun değildir. Fransa için, bu tür materyallerin hazır kaynaklarına örnek olarak Association Nationale Des Avocats De France Et De La Communaute, Le Barreau Face Aux Problemes Actuels De La Justice Penale (1969); A. Mellor, Les Grands Problemes Contemporains De l'instruction Criminelle (1952). Ceza muhakemesine ilişkin makaleler yayınlayan çok sayıda hukuk dergisi ve avukatların ve memurların meslek örgütlerinin yayınları bulunmaktadır ve bunlar arasında somut güncel sorunları tartışan makalelere düzenli olarak rastlamak mümkündür. Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé güncel yazıların bir bibliyografyasını yayınlamaktadır. Recueil Dalloz Sirey ve La Semaine Juridique gibi bazı yayınlar, yürürlükteki mevzuat metnine, komisyon raporları gibi ilgili yasal belgelere (iravaux prparatoires) yapılan atıfların bir listesiyle birlikte eşlik etmektedir; ceza muhakemesine ilişkin olanlar önemli bir bilgi kaynağıdır. Buna ek olarak, R. Merle ve A. Vitu, yukarıdaki dipnot 10 ve G. Stefani & G. Lévassieur, yukarıdaki dipnot 10 gibi standart genel incelemelerin yanı sıra P. Chambon, Le Juge D'instruction, (1972) gibi daha uzmanlaşmış çalışmalar ve avukatlar ve memurlar için çok sayıda uygulama el kitabı, belki de örf ve adet hukuku zevkine göre kanunlara çok fazla odaklanmıştır, ancak bunlardan tanımladıkları sistemler hakkında öğrenilecek çok şey vardır. Ceza muhakemesine ilişkin başlıca Alman eserleri, içtihat hukukuna ve geniş bir süreli yayın, monografi ve *Festschrift* literatürüne yapılan atıfları toplar ve düzenler. Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung Und Das Gerichtsverfassungsgesetz, 22, (1971-1974 yılları arasında edite edilmiştir), 3 Cilt; E. Schmidt, Lehrkommentar Zur Strafprozessordnung Und Zum Gerichtsverfassungsgesetz, 3 Cilt, (1957-1970 yılları arasında edite edilmiştir). Profesyonellerin tipik olarak yaptığı tek ciltlik çalışma T. Kleinknecht, Strafprozessordnung, 33, (1977), bir özetleme harikasıdır. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ve Goldammer's Archiv für Strafrecht olmak üzere iki önde gelen dergi ceza hukuku ve ceza muhakemesi

gözlemlerini çok az yapmışlar ve vardıkları sonuçları, ceza kanunlarının açıklamaları dışında çok az şey içerdiğini kendilerinin de söylediği İngilizce literatüre dayanarak önceden çerçevesi çizilmiş mülakatlara dayandırmışlar⁷². Bu ülkede mevcut literatürün hiçbirini okumamış ve kişisel gözlemleri de benzer şekilde sınırlı olan bir Fransız tarafından Amerikan ceza usulü hakkında Fransızca yazılmış bir makaleyi ne kadar ciddiye alacaklarını merak ediyoruz.

Goldstein ve Marcus ile bu ülkedeki ceza muhakemesinin eleştirel bir değerlendirmesi için zamanın uygun olabileceği konusunda hemfikir olduğumuz için, makalelerinde tartıştıkları konuların kayda değer bir öneme sahip olduğuna inanıyoruz. Meselelerin "çekişmeli model" ile "engizisyon- soruşturma modeli"⁷³ arasında bir seçim olarak çerçevenmemesi gerektiği konusunda kesinlikle hemfikiriz, özellikle de bu iki modelin gerçekleştikleri veya gerçekleştirebilecekleri koşullarla ilgisi olmayan teorik soyutlamalar olarak sunulması halinde. Makalelerinin sonunda belirttikleri husus - tasarladığımız herhangi bir prosedürün çoğu davanın nispeten hızlı ve özet bir şekilde çözülmesine izin vermesi ve ciddiyeti veya karmaşıklığı ya da hazır kanıtların sonuçsuzluğu nedeniyle olağandışı olan az sayıdaki dava için özenli ve maliyetli prosedürleri saklı tutması gerektiği⁷⁴ - doğrudur ve ceza sürecimizi iyileştirmeye yönelik her türlü çaba için esastır. Bütün bunlar, gerçekten de, başka yerlerdeki deneyimlerle ortaya çıkmıştır.

Öte yandan, diğer ülkelerin, özellikle de en iyi bildiğimiz Fransa ve Almanya'nın deneyimlerinden Goldstein ve Marcus'un izin verdiğinden çok daha fazla şey öğrenilebileceğini düşünüyoruz. Suçluluğun tespitine yönelik özet yargılama usulleri, sırf çok sayıda davanın çözümünde birincil araç oldukları için birbirlerine benzemek zorunda değildir. Basit ve hızlı süreçleri karşılaştırırken hangi sistemin "gerçeği daha adil ve doğru bir şekilde ortaya çıkardığını"⁷⁵ sormak, daha zahmetli süreçleri karşılaştırırken sormaktan daha az önemli değildir. Goldstein ve Marcus'un aksini düşündüklerini sanmıyoruz. Ancak, gerçek

usulü alanında uzmanlaşmıştır. Ayrıca, Juristenzeitung ve Neue Juristische Wochenschrift gibi önde gelen genel hukuk dergilerinde bu alandaki gelişmelerle ilgili sık sık haber ve eleştiriler yer almaktadır. Ceza yargılamasına ilişkin Alman ampirik çalışmalarının seçkin örnekleri için bkz. E. K. USA, Ehrenamtliche Richter: Shre auswahl und Funktion, Empirisch Untersucht, (1972) (ceza mahkemeleri ve diğer mahkemelerde meslekten olmayan hakimlerin seçimine ilişkin) ve K. Peters, Fehlerquellen Im Strafprozess, (1970-74) (3 cilt) (hükümden sonra yeni delillerin bulunması üzerine yeniden açılan davalara ilişkin). Zorunlu kovuşturma kuralı üzerine yakın tarihli bir monografi, kitabın yazarının başvurmasına değer bulduğu yaklaşık 150 Almanca eseri kaynakçasında topluyor. T. Weigend, Anklagepflicht Und Ermessen, (1978), s.193-199.

⁷² Myth of Judicial Supervision, s.245.

⁷³ Myth of Judicial Supervision, s.283.

⁷⁴ Myth of Judicial Supervision, s.283.

⁷⁵ Myth of Judicial Supervision, s.283.

olmayan prototiplerin karşılaştırılmasını reddetmelerinin yanı sıra, gerçekte ne olduğuna dair bir karşılaştırmayı da neredeyse reddediyor gibi görünüyorlar.

Her ne kadar başka yerlerdeki cezai süreçler hakkında bilgi edinme çabası bizi cesaretlendirse de, iyileştirmek istediğimiz prosedürlerin yarattığı önyargıları bir kenara bırakmadan gözlemlerin doğru bir şekilde yapılabileceği ve yorumlanabileceği varsayımı bizi dehşete düşürmektedir. Sonuçta çok farklı olamayacaklarına dair *a priori* (sorgusuz sualsiz) bir varsayımla hareket edilirse, bizimkinden farklı uygulamaları incelemek anlamsızdır. Diğer usullerin bizimkilere tercih edilebileceği yönündeki yabancı kararların eleştirilmeden kabul edilmesini istemiyoruz. Yurtdışındaki cezai süreci belirleyen toplumsal değerlerin ve hedeflerin her bakımdan bizimkilerle aynı olduğunu ya da aynı olsalar bile, başka yerlerde işe yarayanın bizde de işe yaraması gerektiğini varsaymıyoruz. Bu ülkede ceza adaletinden duyulan memnuniyetsizliğin profesyonel ve kamusal tüm düzeylerde Batı Avrupa'da olduğundan daha büyük ve derin olmasının önemli olduğuna inanıyoruz; memnuniyetsizliğimizin tüm açıklamasının adalet idealine daha fazla bağlılıkta veya gerçekliğin daha keskin bir şekilde algılanmasında bulunabileceğini düşünmenin aptalca ve tehlikeli olduğuna inanıyoruz. Sadece tanıdık olanı bulmayı umarak başka bir yere bakarsak, beklentilerimiz kolayca doğrulanacaktır. O halde, tanıdık olanı gerekli olanla çok rahat bir şekilde karıştıracağız.