

Ünlü Prusya Kralı II. Frederick, Berlindeki'ki Sans-Souci Sarayının manzarasını bozan eski bir yel değirmeninin yıkılmasını emreder. Hatta, bu emir karşısında direnen ve değirmenini yıktırmak istemeyen değirmenciye de şahsen tehdit eder. Kralın bu haksız ve hukuk tanımaz tutumu karşısında, fakir değirmencinin krala verdiği cevap tüm dünyada hukuk devletinin sloganı olmuştur: "Berlin'de hala adil mahkemeler var."

CEZA ADALETİ USUL HUKUKU İLİŞKİSİ VE VİCDANİ KANAAT

Av. Ali KOYUNCU*

* Ankara Barosu.

GENEL ANLAMDA ADALET VE ÖNEMİ :

Türkçe sözlüğe göre adalet; tüze demektir; herkesin kanunca tanınmış olan hakkını vermek, bu hakka ilişmemek eylemi ya da prensibidir.

Hukuk sözlüğünde adalet; haklılık hakka uygunluk olarak tanımlanmıştır.

Corpus Juris Civilis'in tanımına göre adalet, diğerlerinin menfaatleri gözeltmek suretiyle, herkese en çok menfaat sağlayan sürekli bir gayedir^[1].

Etimolojik köken olarak ise Arap dilindeki “*Adl*” sözcüğünden dilimize geçmiş olan adalet kavramı, diğer yabancı dillerdeki karşılıklarında da belirtildiği gibi, hukuk ve haklılıkla sıkı sıkıya bağlanmış, iç içe kenetlenmiş bir kavramdır. Hukukun asıl görevi ve amacı, toplum ilişkilerini haklı bir düzene kavuşturmak olduğundan, adalet kavramını herkesin anlayacağı bir açıklıkla belirtme, tarihsel gelişim yönünden insan düşüncesinin temel kaygısı olmuştur.^[2] Zira, gerçek adaletin bulunduğu ülkelerde, halkın en kötü yönetimlere dahi tahammül ettiği görülmüştür. Kimi durumlarda, devletin kuruluşunda, hükümetin işleyişinde kusurlu durumlar bulunabilir. Böyle durumlarda, adalet sosyal bünyeyi sağlıklı tutarak devletin işleyişindeki kimi aksaklıkları toplumun tolere etmesine (hoş karşılamasına) yardımcı olur. Toplumumuzda adalete öyle büyük bir güven vardır ki, insanımız bu güveni; “*şeriatın (adaletin) kestiği parmak acımaz*” özdeyişi ile adeta vecizeleştirerek adalete ne denli bel bağladığını ve güvendiğini ya da güvenmek isteğini vurgulamak istemiştir. Ancak bu güven herhangi bir şekilde kaybolur da adalet de haysiyetini ve onurunu yitirse, toplumu bir arada tutan sosyal bağ kopar; toplumda, “*kanunlar değil, insanlar insanları cezalandırıyor*” düşüncesi egemen olur, adaletin kestiği parmaklar acımaya başlar, toplumda kaos yaygınlaşır ve tüm bunların sonucunda da hiç kuşkusuz devletin temeli çöker.

Belirtmek gerekir ki, adalet kavramı ideal olarak, hem kanun koyma işlerinde ve hem de kanunun uygulanmasında rol oynamaktadır. Örneğin, hakim, hüküm verirken adil olmak zorundadır denilmektedir. Ancak ne var ki, sadece hakim ya da yönetici değil, kanun koyucu da hukuk kurallarını ihdas ederken adalet idealine uygun hareket etmelidir. Başka bir anlatımla; hem hukuku yaratanlar ve hem de onu uygulayanlar adalet ülküsünü gerçekleştirmekle yükümlüdürler.^[3]

Tüm bu nedenlerledir ki, adalet, bir değer yargısı, bir ideal olarak temelde toplumsal yaşamın can suyudur. Her insanda doğuştan var olan ve giderek gelişen adalet duygusu sadece insana özgü bir duygudur. Haksızlığa karşı koymak çoğu zaman ölüm pahasına dahi olsa, başkaldırma olarak gelişip biçimlenen bir insanlık arayışıdır. Ayrıca, adalet duygusu ile beraber gelişen karşıt bir duygu da adaletsizlik duygusudur. Yaşanan gerçeklerin, uygulamanın doğurduğu

[1] Hırş Ernest, Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri s.169, Ankara 2001/XII

[2] Çeçen Anıl, Adalet Kavramı s.8, Ankara 2003

[3] Hırş Ernest, Hukuk Felsefesi s.169, Ankara 2001/XII

sorunlarla beraber adaletsizlik duygusunun toplumlarda giderek gelişmesi ve yaygınlaşması, “*adalet*” kavramına, adaletsizliğin önüne geçilebilmesi için önlem almak içeriğini kazandırmaktadır. Adalet, bu açıdan adaletsizlik duygusunu doğuran nedenleri ortadan kaldırmak, aksamaları düzeltmek ve bu duygunun doğmasını önlemek biçiminde de tanımlanabilir.^[4]

Hukuk tarihi ile ilgili incelemeler, toplumların sosyo-politik yapısı ile ilgili araştırmalar, değişik hukuk düzenlerinde, farklı, hatta birbirleri ile çatışan özelemlerin olduğunu gösterir. Her dönemin ve her toplumun adalet anlayışları birbirinden ayrı olmuş ve ortak bir adalet tanımına ulaşılammıştır. Ama adalet konusunda şu tür bir tespit yapmak da sanırım yanlış olmaz: Bütün hukuk sistemlerinin adalet konusunda birleştikleri ortak nokta, adaletin tüm insanlığa ait bir değer ve ortak bir amaç olduğu sosyolojik gerçeğidir. Çünkü Roma Hukuku’nu uygulayan hakimin de, Mecelle’yi uygulayan hakimin de, modern hukuku uygulayan hakimin de nihai amaçları adaleti gerçekleştirmektir^[5]. Ancak ne var ki, günümüzde dahi hangi hukuk düzeninin “*adalet*” uygun olduğu, ya da “*doğru*” olduğu konusunda düşünce ve görüş ayrılıkları bulunduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Bunun nedeni ise, kişilerin “*adalet*” konusundaki fikirlerinin, kendi kişisel çıkarlarına ve inançlarına, ait oldukları sosyal grupların yararına ve kişilerin yaratılış karakterlerine bağlı olarak değişkenlik göstermesindedir. Hukukun bir ölçüde kültürel işlevi olan adaletin, toplumda yaygın bir konuma gelebilmesi, halk yığınlarının hak, hukuk ve adalet üzerinde bilinçli olabilmelerine de bağlıdır. Hak aramayı yaşam biçimine dönüştüremeyen, hak arama konusunda üşengen ve duyarsız insanların yaygın olduğu toplumlarda, adaletsiz uygulamaların oranının ciddi boyutlarda olduğu bilinmektedir. Hatta denilebilir ki, hak arama bilinci oluşmamış, haksızlıklar karşısında uyuşmuş, başına gelen her haksızlığın, yaratanın bir takdirinden ibaret olduğunu, ne kadar çaba sarf ederse etsin, bu olumsuzluğu değiştiremeyeceğini düşünen ve savunan insanların çoğunlukta bulunduğu toplumlarda, ne adalet fikri ve ne de adil bir yönetim ve yargılama biçimi gelişir.^[6]

Bu yüzden adalet, aynı zamanda siyasi bir meziyettir de. Başka bir deyişle, siyasi gücü kaba güçten ayıran özelliklerin başında “*adil olmak*” gelir. Hemen her toplumda, siyasi gerilimin arttığı zamanlarda, siyasi konulu adalete rastlanır; bu gerilimlerden adaletin etkilenmeden, payına düşen olumsuzluğu almadan çıkabilmesi kolay olmamıştır. Bunun için büyük yargıçlara ihtiyaç vardır. Ama

[4] Çeçen A. Adalet Kavramı s.13 Ankara 2003

[5] “*Hakim, beyn-el hasmeyn adl ile memurdur*” (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Madde: 1799);(Hakim, bir davanın her iki tarafına da adaletili davranmak zorundadır).

[6] Koyuncu A. Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler s.14 Ankara 2006

tüm zamanlar için şunu ifade etmek asla yanlış olmaz; siyaset açısından, adalet “*tehlikeli bir karışım*” olarak kabul edilmiştir.^[7]

Dar anlamda adalet, çoğu zaman “*herkese ait olanı ve payına düşeni vermek*” olarak da tanımlanmıştır. Bu tanımlı benimsemek, bizi “*herkese hak ettiği cezanın verilmesi gerektiği*” şeklinde bir adalet anlayışına götürür ki bu durumda, kimi hukuka uygunluk nedenlerinin ortadan kalkacağı gibi, kimi mazeretlilerin de cezalandırılması durumunda kalınır ki bu da ceza hukukunun genel ilkeleri ile örtüşmez. Bu bakımdan, her hukuk uyumsuzluğuna, mevcut hukuk düzeni içinde bir çözüm bulunması ve çözümün de “*adalete uygun olması*” asıl olandır. Günümüzün modern hukuk anlayışı ise, belli bir zamanda, belli bir toplumda ve belli bir durumda, hukuk ile ilgili “*t e k*” bir çözümün adalete uygun ve haklı olduğunu, diğer çözümlerin adalete aykırı ve haksız olduğunu kabul eder; o nedenle, bütün pozitif hukuk kurallarının adalete uygunluğu, ya da aykırılığı konusunda bir değerlendirme yapılması veya bunun haklılığı ya da haksızlığının tartışılması söz konusu olmamalıdır. John Locke ‘un da işaret ettiği gibi; “*demokratik sivil toplumun en önemli avantajı, yerleşmiş ve herkesin bildiği ve eşit olarak uygulanan hukuku garanti etmesidir. Bu hukuk, herkesçe tanınan, hiç kimseye ayrıcalık tanımayan bir hakim tarafından uygulanan hukuktur. Bu hakimin kararları kişilere göre değişmeyecek, aksine zengin için de fakir için de mahkemenin gözünde değerli bir kişi için de pulluk süren köylü için de aynı ve eşit şekilde uygulanan hukuk olacaktır*”. Ancak, tüm bu hususların da hiçbir zaman, hukukun gelişmelere kapalı, statükoyu korumaya çalışan kurallar manzumesinden oluştuğu anlamına gelmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aksine ve özellikle, toplumumuz gibi gelişme yolunda olan toplumlarda, gelişmiş ve endüstrileşmiş toplumlara oranla, hukukun ve hukukçunun işlevi son derece büyük önem arz etmektedir. Zira, az gelişmiş bir ülke, ekonomik ve sosyolojik yönden süratle gelişmek zorunluluğu ile karşı karşıyadır. Bunun içindir ki hukuk ve özellikle hukukçu, bu gelişim ve değişim sürecine gecikmeksizin uyum sağlamak ve hatta bu gelişim ve değişiminin öncülüğünü de yüklenmek ve hukukun gereklerini kalkınmanın yarattığı gereksinimler ile bağdaştırmak yükümlülüğündedir. Ancak bu şekilde, ulusal kaynakların kamu yararına uygun ve adil biçimde kullanılması olanaklı hale gelecektir. Kaldı ki, vaktiyle bütün zamanları ve hatta toplumları kapsayan, kusursuz bir kurallar bütünü olduğu kabul edilen “*tabii hukuk anlayışı*”, günümüzün tabii hukukçuları tarafından dahi benimsenmemektedir.^[8]

Geniş anlamda “*adalet*” kavramını, hükmün pozitif hukuka uygun bulunup bulunmadığı ve benzer olaylarda da aynı hükme ulaşıp ulaşılmadığı yönleri ile

[7] Erem F. Ceza Usulü Hukuku s.31 Ankara 1973

[8] Koyuncu A. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler s.14-15 Ankara 2006

değerlendirmek gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bu tanımı, aşağıda izaha çalıştığımız “ceza adaleti” kavramı ile bağdaştırmak mümkün olmayabilir. Çünkü, ceza yargılamasının ana ilkelerinden olan “kıyaslama yasağı” bu tanımı itirazsız kabul etmemize engeldir. Belirtmek gerekir ki, bu tanımlama ile amaçlanan, hükmün sonucunda “toplumun adalet duygusunun” incitilip incitilmediği, bu duygunun tatmin edilip edilmediği hususudur. Zira her devirde, büyük davalar kadar, yargılanamayan olaylar da toplum açısından büyük önem ve anlam taşır.^[9] Çünkü bir şeyi adil yargılama süzgecinden geçirmeksizin o şeye “haklı” demek, onu böylece kabul ettirmek çabasına kapılmak demektir. Ancak, o şeyi haklı bulmayanlar da olacaktır ve böyle bir yargı onları incitebilir. O nedenle, o şeyin haklı olup olmadığına hükmedebilmek için mutlaka adil yargılama süzgecinden geçirilmesi gerekir; bu durumda sonuç ne olursa olsun, toplum bireylerinden hiç kimse rahatsızlık duygusu yaşamayacaktır.

Genel anlamda “adalet” kavramını kısaca açıkladıktan sonra, çalışmamızın konusunu oluşturan “ceza adaleti” kavramı ve önemi üzerinde durmak ve bu konudaki düşüncelerimizi açıklamak isteriz.

CEZA ADALETİ

Ceza adaleti, suçun önlenmesine, suçların karşılığının verilmesine, suçlunun iyileştirilmesine yönelik bir kavram olarak ele alınmalıdır. Ceza adaletinin amacı, toplumdaki hastalıkların ve yaraların sarılmasıdır. Cezaların insancıl özellikler içermesi, ceza adaleti açısından önem taşımaktadır. Bilgisizlik ve birtakım yanlışlar sonucunda işlenen suçların özel durumları, kişisel sorumluluk bilinçleri, cezalandırmada kesinlikle göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı toplumda yaşayan insanlar için cezalar uyarma niteliği de taşınmalıdır. Canlı örnek oluşturan cezalar, toplumda yeni yaralar açmak yerine, uyarı niteliği ile var olan yaraların sarılmalarına her açıdan yardımcı olmalıdır. Ceza adaleti, herkesin kendine düşeni, iyi ve kötü payları dağıtır. Kötülük yapanın iyilikle karşılanmaması böylece önlenir. Suçlarla bozulan haklar dengesi cezalandırma işlemi ile onarılır veya yeniden kurulur. Ceza, Bir anlamda suçun karşılığıdır. Suç nasıl ki adaletli durumu ve haklar dengesini bozuyor ise ceza da bunun karşılığını vererek adaletin yerine gelmesine yardımcı olur. Cezalandırma, haksızlığın karşılığını vererek dolaylı yoldan adaletin yerine gelmesini sağlamaktır.

Cezalandırmanın yaygınlık kazanması ve hukukun bir bölümünü oluşturması sonucunda ortaya ceza adaleti diye yeni bir kavram çıkmıştır.^[10] Hatta bu kavram öylesine önemli bir içerik kazanmıştır ki “Ceza adaleti kimin elinde ise

[9] Erem F. Ceza Usulü s.33, Ankara 1973

[10] Çeçen A. Adalet Kavramı s.31,56.57 Ankara 2003

iktidar ondadır” sözü, ceza adaletini ele geçirmek için üstü örtülü olarak sarf edilen kimi çabaların ne denli önemli olduğunun ve mutlaka teşhis ve teşhir edilmesi gerektiğinin önemini en çarpıcı şekilde vurgulamaktadır.

Belirtmek gerekir ki suç ile ceza arısındaki oransızlık, toplumun sempatisini suçlunun üzerine çeker. Çünkü, hak haktan fazla bir şeyi kapsamaz, ama haksızlık haksızlıktan çok daha fazla şeyi kapsar. Bu bakımdan, bir toplumda suçlulardan ziyade masumlar korkmaya başlamışsa, ortada ceza adaleti diye bir şey yok demektir. Başka bir anlatımla; masumun cezalandırılması durumunda, ortaya hukuk adına iki büyük tehlike çıkacaktır. Bunlardan birisi; hakiki suçlu cezasız kaldığı için, yeniden bazı hakları ihlal edecektir. Diğeri ise; herkeste adli hataya kurban gitmek korkusu doğacak, böylece herkes kendisini daha az emin hissedecektir. Bu durumda ise, adalet halktaki sempatisini ve desteğini yitirecektir. Bu nedenle olsa gerektir ki eskiler hep, adaletin teşkilatlı bir tedhişe (korkutmaya) dönmesinden korkmuşlardır. Bu yüzden de, “*adaletin bulunmadığı yerde herkes suçludur*”^[11] sözü boşuna sarf edilmiş bir söz değildir.

Unutulmamalıdır ki, sırf kanun tek başına adalet değildir. O sebeple de, kanunu olduğu gibi uygulamakla, adaleti yerine getirdiğini düşünen hakimden, adalet adına sürekli bir şeyin eksik kalacağı da söylenmiştir.^[12] Çünkü, tek başına kanun, çoğu kere adalet değildir^[13]. Ayrıca, kimi zaman görülen “*hiddete bürünmüş adalet*” de gerçek adalet değildir, gösteri adaletidir, bir tarafı noksan ve hatta aksak adalettir. Hiddet, kimi zaman haklı olabilir. Ama hiddete bürünmüş adaletin intikama dönüşmesinden korkulur. Oysaki, adaletin özünde “*intikama karşı durmak*”, masum olma olasılığı bulunana korumak vardır. Hatta denilebilir ki, suç işleyene karşı toplumda duyulan, “*intikam alma*” duygusunu ortadan kaldırmak için ve belki de bir anlamda bu duyguyu dindirmek için yargıç vardır, adalet vardır. Ancak, bu hiçbir zaman suçludan intikam almak, onun topluma ya da kişiye yaptığıнын aynısını ona yapmak anlamına gelmez. Nitekim, bir müellifin de işaret ettiği gibi “*merhamet de adalet değildir, merhametli hakim makbul hakim olmamalıdır. Ancak insafli hakimde, adalete yakınlaşabilme olanağı vardır.*”^[14] Ama, adaleti merhametin yarattığını söylemek de, sanırım yanlış olmaz. Tüm zamanlarda adaletli davranmak, merhametli olmayı da gerektirir ve/fakat salt merhamet bazen adaletli olmayı engelleyebilir, mağdurun hakkına zarar verebilir. Bu bakımdan adalet, insan toplumunun diğer canlılara göre bir

[11] Duverger.

[12] Erem F. Ceza Usulü Hukuku s.31 Ankara 1973

[13] “...Zira Fakülte, Adalet teraziyeye değil, terazi Adaletle hizmet edeceğine göre, kanunların esiri olmayan ve onları hukuki değer bükümlerinde bir vasıta olarak kullanan hakimle onların yardımcıları olan savcılarını ve avukatlarını, bir kelime ile, tatbikatçı demeyi asla doğru bulmadığımız “Hukukçu”ları yetiştirir.” Kunter. Ceza Muhakemesi Hukuku Birinci Bası Önsözünden; İstanbul 1961

[14] Erem F. Ceza Usulü Hukuku s.31 Ankara 1973

ayrıcalığıdır. Ancak, bu ayrıcalık toplumdaki kaynaklanmaz. Kişi olarak, insan onuruna saygı, adaletin esaslı unsurlarındandır, başta gelenlerindedir. Bu yüzden adalet, topluma değil insanlığa ait bir kavramdır, bir onurdur. Dolayısıyla da toplumun nefret ettiği insan için dahi, bu onur kabul edilir. Böyle biri için dahi bu onuru reddetmek, insanlığa karşı bir duruştur. Zira insan onuru ölçülemez, paylara bölünemez.

Şu halde, insanlık için olmazsa olmaz bu yüce kavramı, kim ve nasıl yaşama geçirecektir? Bu kutsal görev kimindir?

Bu görev, Anayasaya, kanuna ve vicdanına göre hüküm veren hakime aittir. İşte böylesine onurlu ve yüce bir görevi yerine getiren hakim, gerek siyasal iktidar ve gerekse toplum karşısında, hem hukuki açıdan ve hem de ekonomik açıdan mutlak surette bağımsız olmak zorundadır. Daha da ötesi, bu görevi üzerine alan hakim, önyargılarından, toplumda yaygınlaşmış dedikodulardan uzak durmayı becerebilmelidir. Zira yargılama sonucunda ortaya çıkan hükmün, dava dışı bilgilerden ve inançlardan esinlenilerek kurulması fevkalade tehlikelidir. Öte yandan, adaleti gerçekleştirecek bu müstesna kadro, kanımızca birer kamu görevlisi de değil, onun çok ötesinde, insanlık adına, ulus adına görev üstlenmiş, hiçbir siyasi önyargısı olmayan, etik açıdan son derece mükemmel yetişmiş, hiçbir koşulda objektifliğinden ödün vermeyen hukukçulardan oluşmalıdır^[15].

[15] “...Hakimlerin/savcılarının görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu konudaki en önemli uluslararası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş bulunan Bangolar Yargı Etiği İlkeleridir. Nitekim Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile de Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce tüm hakim ve savcılara genelge olarak duyurulmuştur. Bu belgede altı temel değerden bahsedilmiş ve değerlere ilişkin ilkeler tanımlanmıştır. Adı geçen belgede korunan değerler; bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat olarak sayılırken diğer kapsamlı açıklamalar yanında bağımsızlıktan bahsedilirken; “hakim genelde toplumdaki, özelden ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsızdır.”, tarafsızlıktan bahsedilirken; “tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturduğu süreç açısından da geçerlidir. Hakim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir. Hakim, mahkeme ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve tarafların güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.”, doğruluk ve tutarlılıktan bahsedilirken; “Hakim, mesleki davranış şekli itibarıyla, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır. Hakimin hal ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici olmalıdır; adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleştiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir.”, dürüstlükten bahsedilirken; “Dürüstlük ve dürüstlüğü görüntü olarak ortaya konuluşu, bir hakim için tüm etkinliklerini icrada esaslı unsurdur. Hakim, hakimden sadır olan tüm etkinliklerde yakışsız ve yakışık almayan görüntüleri içerisinde olmaktan kaçınmalıdır. Kamunun sürekli denetim süjesi olan hakim, normal bir vatandaş tarafından sıkıntı verici olarak görülebilecek kişisel sınırlamaları kabullenmeli ve bunlara isteyerek özgürce uymalıdır. Hakim, kendi mahkemesinde

Aksi halde; hukuk sisteminizi dünyanın en gelişmiş aygıtları ile donatsanız, adalet hizmetlerini en modern, en çağdaş koşul ve ortamlarda sunsanız da adaleti sağlayacak olan hakimlerinizin yetiştirilmesinde ve kendilerine bu statünün tanınmasında; tüm hakimlere ödünsüz ve önyargısız uygulanması gereken kurallarınız ve bu kuralları yine ödünsüz ve ayrımsız uygulayacak kurumlarınız olmadığı sürece, adalet sürekli zafiyet geçirecektir. Böyle bir durumum sürmesi halinde ise giderek adalet ile kamuoyu arasına bir sis perdesi girecek, nihayetinde ise, toplumun, adaletin bir gün gerçekleşeceğine olan inanç ve güveni gittikçe yok olacaktır. Bu yüzden denilebilir ki hukuk ve hukukçu, adaleti gerçekleştirmek olan gerçek görevine ihanet etmemelidir. Çünkü, kandırma aracı hukuk olunca, kandırılan insanın gücü kırılır. Toplum tüm umutlarını böyle yitirir. Bundan ötesinde de güvensizlik, hınç, kin ve nefret başlar. Böyle bir sonuçtan ise, toplumun geleceği adına korkulmalıdır.

İşte, adalet adına tüm bu sakıncalı hususların asgari düzeye indirilmesi için ceza yargılaması hukuku büyük önem arz etmektedir. Bu cümleden olarak denilebilir ki hakim; araştırmak, adalete uygun olanı ve doğruyu bulmak şeklinde süren bir çabanın sonucunda hüküm veren kimsedir. Onun verdiği bu hüküm sonucu, kimi zaman ülkenin ileri gelen kişilerinin, kimi zaman belirli bir baskı grubunun ve kimi zaman da siyasi otoritenin çıkarları çatışmış olabilir; bu yüzden, onun tüm insanlık için gerekli ve ortak bir onur olan “*adaleti*” sağlamak uğruna gösterdiği yargısal faaliyette; toplumun, devletin, kişilerin, sonuç olarak hiç kimsenin ona güçlük çıkarmaması, onun bu faaliyetinde en ufak da olsa bıkkınlık, yılgınlık, çekingenlik göstereceği bir davranışın içine girmesine neden olmaması gerekir. Bu yüzden ki toplum adına adalete ulaşabilmek için yasayı uygulamak ve adaleti gerçekleştirmek ile yükümlü bulunan hakim, politika yapmaya zorlanmamalıdır. Politikacı, yasama gücünü kullanarak, hakimi şu

hukuk mesleğini icra eden kimselerle olan bireysel ilişkilerinde, objektif olarak bakıldığında tarafgirlik veya tarafa meyletme görüntüsü ya da şüphe doğuracak durumlardan kaçınmalıdır. Hakim; ailesinin sosyal veya diğer ilişkilerinin, hakim olarak mesleki davranışlarını veya vereceği kararları etkilemesine izin vermemelidir. Hakim, hakimlik mesleğinin prestijini; kendisine, aile üyelerinden birisine veya her hangi bir kimseye özel çıkar sağlayacak şekilde ne kendisi kullanmalı ve ne de başka birisine kullandırılmalıdır. Ayrıca hakim, yargı görevinin yerine getirilmesinde, her hangi bir kimsenin kendisini etkileyebileceği izlenimine ne kendisi yol açmalıdır, ne de başkalarının böyle bir izlenime yol açmalarına müsaade etmemelidir. Hakim ve aile üyeleri; yargısal görevlerin yerine getirilmesini ilişkin olarak, bir şeyin hakim tarafından yapılması, yapılmaması veya yapılmasına kayıtsız kalınması ile ilgili her hangi bir bediye, bir kredi, bir teberru ya da bir iltimas talebinde bulunmaları veya kabul etmeleri konusunda izin veremez.”, eşitlikten bahsedilirken; “*Yargıçlık makamının gerektirdiği performans açısından asıl olan; herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamaktır.*”, ehliyet ve liyakattan bahsedilirken; “*Hakim, yargısal görevlerinin layıkı ile yerine getirilmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunamaz.*” denilmek suretiyle bir hakimin (savcının) uyması gereken etik değerler özü itibarıyla ortaya konulmuştur...” (YCGK.’nun 20.11.2007 gün ve 83/244 sayılı kararından)

ya da bu biçimde politika yapmaya zorlayan karar ve uygulamalardan özenle kaçınmalıdır. Çünkü politikanın, kendisini korumak için ceza kanunlarının himayesine sığınmaya gereksinimi yoktur. Montesquieu'nun da haklı olarak işaret ettiği gibi “ *yargılama erki, yasamadan ve yürütmeden ayrılmamış ise o ülkede ‘özgürlük’ yoktur. Şayet yargı erki yasama ile birleşmiş ise vatandaşın hayatı ve özgürlüğü keyfiliğe tabi olacaktır; zira bu suretle hakim kanun koyucu olmuştur. Yok eğer yargı erki, yürütme erki ile birleşirse, hakim tahakküm eden olabilir.*” Bu yüzdendir ki adalet, kendinden beklenilmesi gerekeni yapmaya mecbur bırakılırsa^[16], ortaya kötü bir politika çıkar. Halbuki, adaleti kendi mecrasında bırakmak en iyi politikadır.^[17]

Unutmamak gerekir ki adalet, konusu bakımından fark edilmeden, hissedilmeden engizisyona kaymaya son derece müsait bir kavramdır; çoğu kez, bu şekilde ortaya çıkan uygulamaya yeni bir buluş gözü ile bakıldığı ve hatta göklere çıkarıldığı da olabilir. Oysaki, bu yolla “*çağdaş engizisyon*”a bir örnek verilmiş olunmaktadır. Bilinmelidir ki ceza adaletinde insanlığın geçtiği yolun geri dönüşü yoktur.^[18]

“*İnsanlık; fikirleri, içtihatları, örnek tutum ve davranışları ile temayüz eden ve türlü hizmetleri adaletle yürüten kişilere (= hakimlere) öteden beri ihtiyaç duymuş ve değer vermiştir*”^[19].

Tüm bunlardan ötürü, “*adalet olmaz ise toplum dağılır*”, inancı, “*adalet mülkün temelidir*” kanısı, ceza yargılamasının sürekliliğini açıklar. Belirtmek gerekir ki, süreklilik arz etmeyen, her olayda ulaşılabileceğinden emin olunmayan adalet, hiç olmayan adalete eş değerdir. Çünkü, adaletin bazen olmaması, toplumda, bir süre sonra hiç olmadığı kanısına dönüşür, bu yüzden, “*adaletin olmadığı yerde herkes hatta krallar bile suçludur*” sözü, toplumdaki huzur ve sükunun adaletsizlikten, ne denli olumsuz etkilendiğinin en çarpıcı ifade şeklidir. Oysaki, her uyuşmazlığın sonucunda adil bir mahkemenin bulunabileceği inancı, toplumun adalete olan güvenini sağlar ve pekiştirir.

[16] “*Yargı bağımsızlığı ile temin edilmek istenen asıl amaç ve temel hedef, yargının kendisine verilen görevleri yerine getirirken, iktidar sahiplerinden gelebilecek her türlü müdahale ve yönlendirmelerden masun kılınmalarını sağlamaktır. Bu, anayasal demokratik hukuk devletinde ulaşmak istenen en önemli noktalardan birisidir. Hakimler, hangi yönden gelirse gelsin, her türlü dış etki veya baskıya karşı korunmadıkları müddetçe, hukuka uygun bir şekilde adalet hizmetlerini yerine getirebilmeleri mümkün değildir... Hakim teminatının sağlanmasıdaki temel amaç, onlara kişisel nüfuz, itibar veya imtiyaz sağlamak değil, aksine, hakimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlamak; kişisel yararı değil kamusal yararı temin etmek; halka, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak bir şekilde dağıtıldığı hususunda güven vermektir...*” A. Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük; Hukuk Devleti s.367 Ankara 2008

[17] Erem F. Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1973

[18] Erem F. Ceza Usulü Hukuku s.33 Ankara 1973

[19] Sunay C. : Yargıtay'ın 100. yıldönümü açış konuşması.

Öte yandan, adaletin gerçekleşmesinde aracılık eden unsurlar olan yargıçlar, savcılar, avukatlar bir gün mutlaka yok olacaklardır. Ama bizzat bu unsurlarca adalete yapılan adaletsizlik, hiçbir zaman insan belleğinden silinmeyecektir. İşte bu yüzden ki, Sokrat'ı ölüme mahkum eden onlarca Atina'lı "*hakim*" den hiç birisi günümüze değin yaşayabilmiş değildir; ama günümüzde bile bu adaletsizliğin karşısında, Sokrat hala kendini ilk çağın derinliklerinden savunmaya devam ederek, savunmaya ve savunma makamlarına ışık tutmak suretiyle kendisine yapılan haksızlığın ve adaletsizliğin unutulmasına engel olmaktadır.

İtiraf etmek gerekir ki adaletin gerçekleştirilmesi konusunda hakimin omuzlarında çok ağır manevi bir yük bulunmaktadır. Bu yüzden hakim, adaletin örselenmemesi için, "*sağır, dilsiz ve hatta kör(!)*" olmalıdır. O sadece somut gerçeği, adaletin gerçeğini gören ve duyan olmalıdır. Adalet sembolünün, dünyanın her yerinde, elinde terazi tutan, gözleri bağlı bir genç kız olarak kabul edilmesi boşuna değildir. Adalet dağıtanlar, yani hakimler, ne kadar kapalı olurlarsa o kadar doğru ve isabetli kararlar verirler.^[20] Hatta sırf bu yüzden denilebilir ki hukukun üstünlüğünün egemen olduğu ülkelerin ceza muhakemelerinin delil kaynakları arasında "*kamuoyu*" diye bir kavram yoktur; hakim yalnız kalabilmesini bilmelidir; hakimin yalnızlığı onun Tanrı'ya, yani kusursuz adalete en çok yaklaştığı andır. Bu bakımdan bazen, halkın doğru saymadığı bir hükümlülük veya beraat kararının da en adil karar olması mümkündür; hakim hüküm verirken, kamuoyunun mahkeme eşliğinden içeri girmesine izin vermemelidir. İşte tüm bu nedenledir ki oranı ne olursa olsun, yabancı bir unsurun karışımı ile derhal bozulan tek kavram adalettir. Bu yabancı unsur; iltimas, hakimin taraflardan birisine duygusal yakınlığı, ya da kini, nefreti, hemşerilik hissi, siyasal erk sahiplerinden gelecek beklentisi, yaptığı işi yeterince sevmemesi, bıkkınlığı, yorgunluğu olabilir^[21]. Bilinmelidir ki bu yabancı unsurlardan birinin ya da bir kaçının karışımı ile ortaya çıkan şey adalet değildir. Onun adı başka bir şeydir. Ama kesinlikle adalet değildir.

Tüm bunlardan sonra, şöyle bir tespitin adalet adına son derece doğru olacağını düşünmekteyiz; siyasal iktidarlar adalet ile ve hatta ceza adaleti ile ilgilenemezler. Çünkü adalet onların işi değildir. Onların işi siyasettir. Siyaset, doğası gereği adil olmayı gerekli kılmayabilir; ama adalet asla...

[20] Kunter (Gözü Kapalı Adalet) Ceza Muhakemesi Hukuku s. 233, İstanbul 1961

[21] "*Hakim, gam, ve gussa ve açlık ve galebe-i nevm gibi sıhhat-ı tefekküre mani olabilecek bir arıza ile zihni müşevveş olduğu halde hükme tasaddi etmemelidir.*" (Hakim, düşünceli, kederli, tasalı, uykulu, yorgun ve hatta karnı aç iken hüküm vermeye kalkışmamalıdır) Mecelle-İ Ahkam-ı Adliye Madde: 1812

CEZA ADALETİ USUL HUKUKU İLİŞKİSİ VE VİCDANİ KANAAT

Ceza usulü, ya da günümüzün deyiimi ile ceza muhakemesi hukuku^[22], kişi için öylesine önemlidir ki dünyada ceza usulü kadar hiçbir şey insanları ilgilendirmez. Hatta ceza usulü kusurlu bulunan bir toplumda huzurdan söz edilemez^[23]. Ceza kanunlarına karşı gelmemek insanların elinde olan bir şey olmasına karşın, kimsenin haksız yere takibata uğramayacağından söz etmek olası değildir. Bu hukuk dalının özgürlükler için ne denli önem arz etğini Ferri'nin şu sözleri en güzel şekilde açıklamaktadır; “*ceza kanunu suçluların, usul kanunu, suçluluğu sabit oluncaya kadar masumların teminatıdır*”.

Hukuk tarihi üzerinde yapılan çoğu incelemeler göstermiştir ki ceza usulü, ne ceza hukukundaki birtakım okulların nazariyelerinden, ne belirli bir ulusun örf ve adetinden ve ne de herhangi bir devletin hukuk siyasetinden doğmuştur. Çünkü devlet siyaseti olarak, yargılama usulünü tayin etmek hemen tüm zamanlarda başarısız olmuştur. Usulün gelişmesindeki en büyük pay, toplumların adalet anlayışındaki gelişmelere ve dolayısıyla uygarlığa aittir. Bu nedendir ki çağdaş toplumların adalet konusunda ulaştıkları aşama dikkate alınarak, usuldeki keyfilikten kaçınılmalı, her hakimin kendisine göre bir usulü olmamalıdır. Usul hukuku, hak ihlallerinin önüne geçebilmeli, kısmen haklı, kısmen haksız hükümlerin ortaya çıkmasına engel olacak nitelikte olmalıdır. Ayrıca, usul hükümlerinin “*derhal uygulanırlık*” özellikleri dikkate alınarak, birden fazla ve farklı yorumlara neden olacak içerikte olmamalarına özen gösterilmelidir. Bir hüküm – ki bu hüküm ancak nihai kararla yasa yoluna tabi bir ara kararı da olabilir- kısmen de olsa haksızlık (adaletsizlik) içeriyorsa, bu durum hükmün haklı olan kısmını yok edecektir.

Bu açıklamalardan sonra denilebilir ki devletin cezalandırmak hakkı ile sanığın özgürlüğü arasındaki çatışmayı çözüme ulaştırıp, hükme bağlamak, ceza yargılamasına bırakılmıştır. Görüldüğü üzere devlet, suç işleyenden, iktidar gücünü kullanarak “*intikam alma*” yerine, bu görevi ulus adına yargılama yapmaya yetkili bir makama, yargıya bırakmıştır. Böylece ortaya çıkacak sonuca hem devlet ve hem de sanık katlanacaktır. Her ne kadar, Anayasa'ya göre, yargılama

[22] Kanunun adından, “*usul*” kelimesinin çıkarılması isabetli olmamıştır. Usul kelimesi, kimi kanunlarda halen muhafaza edildiği gibi, bu kelemenin hem Hukuk Usulü Muhakemeleri ve hem de Ceza Usulü Muhakemeleri kanunlarından çıkarılması, adı geçen kanundan söz edilirken sanki bir “*mahkemeden*” söz ediliyormuş izlenimi de vermektedir. Bu durum ise çoğu kez kimi savunma ve söyleşilerin zor anlaşılmasına da neden olmak suretiyle bir kavram kargaşasının yaşanmasına da zemin hazırlamıştır. (Nitekim kimi müellifler de bu hususu zaman zaman dile getirmektedirler. Yılmaz EJDER, Ankara Barosu Dergisi sayı: 2001/2, s.217)

[23] Erem F.

yetkisi devlete ait ise de devlet çeşitli faaliyetlerde bulunurken bunların büyük bir kısmında, örneğin bir memurun tayini terfii, bir bölgeye yatırım yapılması gibi hususlarda takdir yetkisini kullandığı halde, yargı yetkisini kullanmasında devletin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü yargılama yetkisi, devletin de peşinen kabul ettiği gibi bağımsız mahkemeler aracılığı ile ulus adına kullanılır. Son tahlilde, yargılama yetkisi yine devlettedir, bu yetki devlet ve onu oluşturan ulus adına kullanılır ve esasen bu husus bağımsız devlet olmanın da bir gereğidir. Ama bu yetki asla hükümet adına kullanılamaz. Çünkü hükümet, devletin nasıl bir organı ise, yargılama makamı da başka bir organıdır. Öte yandan adalet de devlet gibi süreklilik arz eder. Ama hükümetler gelip geçicidir; kalıcı olan adalettir. Bu iki makamın, devlet karşısında birbirlerine bir üstünlükleri de söz konusu değildir. Ancak süreklilik açısından yargının hükümetlerden daha uzun ömürlü bulunduğunu ve hatta sonsuzluğa kadar uzanan bir ömrünün olduğunu, bunun için de yargının hükümete (yürütmeye) göre daha ayrıcalıklı olması gerektiğini söylemek sanırım yanlış olmaz. Zira yargının aynı zamanda, yasama ve yürütmeyi, başka bir anlatımla devletin iki ayrı erkini birbirine karşı koruma görevi de mevcuttur.

İnsanlık, dolayısıyla devlet, üç aşamadan geçerek günümüzün örgütlü toplumu haline gelmiştir. Bunlardan birisi, insanlığın karışıklıklardan usanarak bir düzene kavuşması, düzeni sağladıktan sonra bireysel özgürlüklere ihtiyaç duyması, ilk ikisini sağladıktan sonra ise hem düzeni ve hem de özgürlükleri koruma ihtiyacı hissetmesidir

Görüldüğü gibi, devletin düzeni ve dolayısıyla özgürlükleri koruyabilmesi için yargılama ve cezalandırma yetkisini kullanması gerekmektedir. Bunun için de öncelikle bir ceza hakimine gereksimi vardır. Ceza hakimi de, yargılama faaliyeti dediğimiz bir sürecin sonucunda hüküm vermek zorundadır. İşte bu sürecin (faaliyetin) adalete uygun olarak nasıl bir düzen içinde yürütüleceğini ve nasıl sonuca kavuşturulacağını ceza muhakemesi (usul) hukuku gösterecektir. Ceza muhakemesi hukuku da tıpkı insanlık gibi üç aşamadan geçmiştir. Dolayısı ile toplum bu alanda ilk önce, suçlunun cezalandırılması safhasını, daha sonra sanığın korunması safhasını ve nihayet de maddi gerçeğin araştırılması safhasını yaşamıştır.

Böylece ilk aşamada, belirli bir hukuki düzene kavuşmamış ilkel toplumlarda sanık, peşinen suçlu kabul edilip hemen cezalandırıldığı için, bu aşamada ceza muhakemesi, cezalandırmak için bir vasıta konumundadır. Hukuki vesayet diye isimlendirilebilecek olan “*sanığın himayesi*” safhası olan ikinci aşama ise 18. yüzyılın ikinci yarısında liberal düşünce tarzının etkisi ile devlet gücünün kötüye kullanılmasını önleyen, kişiyi devlet karşısında koruyan bir yargılama sistemi olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle 1789 Fransız ihtilali ile ortaya çıkan bu akımın etkisi ile ceza yargılaması hukukunun amacı “*sanığın korunması*”

olmuştur. İşte bu aşamada, hakimlerin keyfiliğine, sanığı peşinen suçlu görme temayülleriine karşı “*sanık, suçlu olduğu hükmen kanıtlanıncaya değin masum sayılır*” şeklinde vecizeleştirilen ve uygulamada da “*masumluk karinesi*” olarak kabul edilen ilke ceza muhakemesi hukukuna girmiştir.

Hem kişilerin, hem de toplumun çıkarlarını korumak, gerçeğe uygunluk demek olan, maddi hakikati araştırmakla mümkün olacaktır. Bu bağlamda şüphesiz, en iyi ceza muhakemesi, maddi gerçeği yüzde yüz yansıtır. Bu amaçla da ceza muhakemesi kanunları kabul edilmiştir. Bu sebeple Ceza Muhakemesi Hukuku, kişilerin hak ve özgürlüklerini sağlamak üzere kimi şekil ve formaliteler kabul etmiştir. Bu kurallar, genelde yürütme ve yargının bu konudaki yetkilerini sınırlandırdığı için insan hak ve özgürlüklerinin bekçisi olmuştur. Bunun içindir ki “*şekle bağlanmayan adalet cebir ve isdibdattır*” denilmiş, “*şeklin hukuki emniyeti sağladığı*” söylenmiştir.^[24]

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, iyi bir usul kanununun adaletin gerçekleşmesine birinci derece katkısı bulunmaktadır. Zira, usul hukukunun ilkeleri sayesinde ki yargılamada ortaya çıkacak kimi keyfiliklerin, dolayısı ile adaletsizliklerin önüne geçilebilecektir.

Örneğin, “*delil serbestisi*” olarak ifade edilen ve ceza muhakemesinde, her şeyin her şey ile kanıtlanmasının mümkün bulunması, bir delilin sırf geç ikame edilmesi nedeniyle mahkemece reddedilemeyeceğinin kabul edilmesi, kıyaslama yasağının kabul edilmesi, mahkeme kararının mutlak surette bir gerekçeye tutunmasının zorunluluk arz etmesi, sanığa “*susma hakkının ve bir müdafinin hukuki yardımında yararlanma haklarının*” tanınmış olması, “*şüphenin sanık yararına değerlendirilmesi, masumluk karinesi, hukuka uygun olarak elde edilmediği anlaşılan bir delilin hükme esas alınamayacağı kabul edilmesi, makul bir zaman dilim içinde adil bir yargılama hakkının tanınması...*” gibi hususların hepsi de birer ceza muhakemesi hukuku ilkeleridir.

Ancak, yukarıdaki ilkelerin tamamı da Anayasalarda ve ceza muhakemesi kanunlarında birer yasa hükmü olarak yer aldığı halde, ceza muhakemesinin bir de yasalarda yer almayan ve/fakat bu muhakeme dalının genel hukuki ilkelerini oluşturan evrensel kuralları vardır. Bu kurallar da adaletin gerçekleşmesi noktasında son derece önem arz eden kurallardır.

Nitekim, hakim vicdani kanaatine^[25] göre de hüküm kuracağı kabul edilmiş olması nedeniyle; uygulamada, hakim vicdani kanaatine (takdirine)

[24] Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku s.22, İstanbul 1974

[25] Bu kelime “*hakimin takdiri*” olarak düşünölmek sureti ile seçilmiştir. Yoksa, hakim somut olarak vicdani kanaatini kullanarak hüküm kurması hukuka uygun bir çözüm yolu olamaz. Zira bu kavram hakimden hakime değışiklik göstermeye son derece açık bir kavramdır. Nitekim CMK.’nın 217. maddesinde: ... “*Bu deliller hakimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir.*” denilmek suretiyle, hakim hükümünü salt vicdani kanaat üstüne

tutunarak kurmuş bulunduğu çoğu hükmün, yargısal denetimin dışında tutulduğuna, bu hususun giderek yaygınlaşmasından ötürü de kimi adaletsiz ve keyfi uygulamaların önünün açıldığına tanık olmaktadır. Örneğin, bir mahkemenin tutuklama kararına karşı, bir başka mahkemeye yapılan itiraz başvurularının çoğu, tutuklama kararını veren hakimin takdirine ilişmemek, onu zor durumda bırakmamak adına ve hiçbir gerekçeye tutunmaksızın reddedildiği gibi, takdire ilişkin çoğu temyiz başvuruları da “*konunun hakimin takdirine ilişkin bulunması*” gerekçe gösterilerek geri çevrilmiştir. Oysaki bir kişi tutuklanırken, mahkemelerce klasik olarak; “*suçun vasıf ve mahiyeti, sanığın ya da şüphelinin kaçma şüphesi, mevcut delil durumu gibi...*” yasada yazılı birtakım kelimeler tutanağa geçirilerek tutuklama kararlarının gerekçelendirirliği bilinmektedir. Ancak ne var ki, bu şekilde tutuklanan çoğu sanığın daha sonra beraat ettiği ya da kendisine yüklenen suçun daha basit vasıftaki bir suça dönüştüğü de uygulamada çok sık rastlanan bir husustur. Şu halde, bu tür kararlara itiraz durumunda, itirazı inceleyecek makam; sanık tutuklanırken kendisine yüklenen suçun gerçekten yüklenen vasıfta olup olmadığını, tutuklama kararını veren mahkemenin ya da tutuklamaya sevk eden Cumhuriyet savcısının suçu doğru vasıflandırıp vasıflandırmadığını, tutuklanan kişinin gerçekten kaçacak ve kanıtları yok edecek durumda bulunup bulunmadığını ve daha da önemlisi olası yargılama sonucunda, atılı suçtan hükümlenmesinin şiddetle muhtemel bulunup bulunmadığını, tutukluluğun sürmesinin daha yargılamanın başında ve peşinen bir cezalandırmaya dönüşme olasılığının bulunup bulunmadığını, mevcut kanıtları inceleyerek saptamalı ve bu suretle vereceği kararı da tarafları ve hatta mağeri vicdanları tatmin edecek bir gerekçe ile açıklamalıdır.^[26] Çünkü yasalar, sadece temyize tabi bulunan kararların değil, itiraza tabi olsa da “*bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağını*” emretmiştir (A.Y. Madde: 141/3, CMK.Madde: 34, 230). Aksi durumda, tüm olumlu ya da olumsuz kişilik özellikleri tamamen aynı olan ve/fakat iki ayrı mahkemede yargılanan iki sanıktan birisine takdiri indirim nedeni, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın ertelenmesi ya da özgürlüğü bağlayıcı cezanın adli

kuramayacağı ve/fakat ortaya konulan delilleri hiçbir baskıya maruz kalmaksızın serbestçe takdir edebileceği esası benimsenerek, vicdani kanatın tek başına bir delil olmadığına açıkça vurgu yapılmış bulunmaktadır.

[26]

“.....
Gerekçe, Ceza Genel Kurulu'nun birçok kararında belirtildiği üzere, hükmün dayanaklarını akla, hukuku ve dosya içeriğine uygun açıklanmasıdır. Gerekçe, dosya içinde bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde geçerli, yeterli ve yasal olmalıdır. Yasal olmayan ve yetersiz bulunan gerekçe ile karar verilmesi keyfilığe yol açar. Tarafları tatmin etmek, denetimin yapılmasında kolaylık sağlamanın yanında, Anayasa'nın 141, CMUK'nın 32 ve 260 ıncı maddeler uyarınca da mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunludur...” (YCGK. 18.03.1991-54/90, 9.12.1991- 3-320/347, 21.09.2004 – 149/171)

para cezasına dönüştürülmesi gibi kurallar uygulandığı ve hatta bu kişiden birisi tutuksuz yargılandığı halde, pek ala diğerine bu kurallar uygulanmadığı gibi, tutuklu yargılandığına da tanık olunmaktadır. Böyle bir durumun ise ceza adaletine aykırı bulunduğunu izaha dahi gerek yoktur.

Adalet adına, tüm bu sakıncalı durumların önüne geçilmesi için, ceza adaleti açısından “*vicdani kanat ya da hakimin takdiri*” kavramı, esrarengiz, büyü, yeni keşfedilmiş ve pek mükemmel bir kavram olmaktan çıkarılmalıdır. Çünkü bu kanaatin, kendiliğinden ve durup dururken oluşması mümkün değildir. Bu kanaatin mutlaka, akla, mantığa ve hukuka uygun bir delil ile desteklenmesi de gerekmektedir. Delil ise, davanın seyri sırasında ortaya konulacak maddi vakıalardan ibarettir. Çünkü hükme etki edebilecek her hususun, -ki bunların içinde cezaların kişileştirilmesi de vardır- kaideten kanıtlanması gerekir. Öte yandan, ispat bir hüküm olduğuna, gerçeği araştırmanın yolunu da hukuk mantığı gösterdiğine göre; ancak maddi gerçeği makul olarak ifade edebilecek şeylerin kanıt olabileceğinden ve hükme dayanak oluşturabileceğinden söz edilebilir. Bu nedenledir ki vicdani kanaatin, anılan şekilde delil olabilecek ve dolayısıyla yargısal denetim esnasında da değerlendirilme imkanı olacak şeylere dayanmasında adalet açısından zorunluluk vardır. Yoksa, dosyaya hiçbir biçimde yansımamış, tamamen afaki ve soyut bir takım yaklaşımlardan, örneğin, yargısal denetime olanak sağlayacak açıklıkta tutanaklara geçirilmemiş ve somut hiçbir veriye dayanmayan, “*kişinin duruşmadaki hal ve davranışlarından*” söz edilerek ortaya konulan vicdani kanaatin ceza adaletini kesinlikle yaraladığını düşünmekteyiz. Zira, benzer davranışlar, bir hakim tarafından hiç kale alınmaz iken, bir diğer hakim tarafından pek ala kale alınıp, birer olumluluk ya da olumsuzluk olarak hükme yansıtılabilir. Bu durum ise, adaletin asla içine sindiremeyeceği, “*her hakimin bir usulü vardır*” yaklaşımının yaygınlaşmasına neden olacaktır. Kaldı ki adalet adına son derece sakıncalı bulduğumuz bu hususun uygulamada sık karşılaşılan bir husus olduğunu söylemenin de yanlış bir ifade tarzı olmadığını düşünmekteyiz.

Bu bakımdan hakimin, sanığı ya da mağduru, somut hiçbir kanıt ile desteklenmeyen, başka bir anlatımla; kaynağını, dosyaya yansımış ve yargısal denetim esnasında da görülebilecek kanıtların oluşturmadığı vicdani kanaatine teslim etmek ve bu hususu da yargısal denetim dışı bırakmak, kanımızca keyfiligi hukuki kılıfa büründürmekten başka hiçbir anlam ifade etmemektedir. Oysaki ne adaletin ne de hukukun keyfilige tahammülü yoktur. Belirtmek gerekir ki vicdani kanaat delil değildir. Delil ile vicdani kanaat arasında; “*önce delil, sonra vicdani*” kanaat şeklinde kronolojik bir sıra mevcuttur. Zira hakim, dün ne olduğunu, bu gün önüne konulan delillerden öğrenecek, böylece dün hakkındaki şüphesini deliller sayesinde yenecektir. Bu gelişme sonucunda da şüphe yerini maddi gerçeğe terk edecektir. Görüldüğü üzere, şüphenin vicdani

kanaat ile yenilmeye çalışılması, vicdani kanaatin bir bakıma, bir inanış olarak kabul edilmesine yol açar ki bu durum adalet açısından çok sakıncalı sonuçların ortaya çıkmasına neden olur. Zira, vicdani kanaat, hakimın bilgisi ile, dünya görüşü ile, sosyal durumu ile yakından ilgili olup, yukarıda izah edildiği gibi bu husus, doğal olarak hakimden hakime değişiklik arz etmeye de müsait bulunduğundan, vicdani kanaate üstünlük tanımak kanun önündeki eşitlik ilkesini de ihlal edecektir.

İsabetli olarak, delil serbestisini benimsemiş bulunan kanunumuzda, elbette vicdani kanaate de yer verilmesinde büyük yarar mevcuttur. Ancak kanun koyucunun ve yerleşik hukuki düzenlemelerin burada amaçladıkları delil, hukuka uygun olarak elde edilip de hakimın takdirine sunulmuş delildir. Zira hakimi öncelikle, elde edilmiş delilin içeriği değil, nasıl ele geçirildiği ilgilendirmelidir. Çünkü, ceza muhakemesinde delil serbesti başka şey, delilin hakim tarafından takdir edilmesi tamamen başka bir şeydir. Bu bakımdan, ceza usulü delil serbestini kabul ederken hakime çok güvenmiştir. Onun, delilin ele geçiriliş biçimini behemahal usul hukuku yönünden de değerlendireceğini düşünmüştür. Hatta Fransa'da bir sorgu yargıcının; sanığın sesini taklit ederek onun suç ortağı ile telefonda konuşmak sureti ile bazı bilgiler elde etmesini, Fransız Yargıtay'ı usulsüz bulmuş ve hakim hakkında disiplin cezası verilmiştir. Fransız Yargıtay'ına göre, hakimlik vakarı hiyerarşide işgal edilen yere bağlıdır. Hakim, alt derecedeki memurların yapabileceği şeyi yapmamalıdır. Zabıta memurlarının yapabileceği şeyi hakim yapamaz. Zira, bir memurun yapabileceği şeyin aynısını hakimın de yapacağı asla düşünülemez^[27].

Tüm bu hususlar göstermektedir ki takdirin (vicdani kanaatin) isabetli kullanılıp kullanılmadığı, her hangi bir keyfiliğe yol açıp açmadığı hususu mutlaka yargısal denetime tabi tutulmalıdır. Aksi halde, uygulamada keyfilik olup olmadığı, benzer olaylarda eşit davranılıp davranılmadığı nasıl saptanacaktır? Kaldı ki, artık günümüzün modern hukuk anlayışında, takdirin "keyfilik" olmadığı hususunda görüş birliği mevcuttur. Bu sakıncanın ortadan kaldırılmasının en etkili yöntemi ise; her derecedeki mahkemenin her türlü kararının gerekçeli olmasıdır. Yoksa hakimın kararının dayanağını hukuki mantık mı, yoksa his mi (duygu mu) oluşturmaktadır, bu nasıl anlaşılacaktır? Bunu da ancak gerekçe ile ayırt etmek, anlamak mümkün olacaktır. Böylece, özellikle uzun süren tutukluluk kararlarına yöneltilen itiraz ve eleştirilenin önü alınacağı gibi toplum vicdanı da rahatlayacaktır. Hatta hiçbir gerekçeye tutundurulamayan ve/fakat yasalardaki kimi klasik sözlerin tekrarına yaslanmaktan ibaret bulunan uzun süreli tutukluluk kararlarının da makul ve hukuka uygun gerekçelere dayandırılmaları zorunlu hale gelecek ve keyfilik ortadan kalkacaktır. Ayrıca böyle bir

[27] Erem F. Ceza Usul Hukuku s.360, Ankara 1973.

gelişme, aynı zamanda soruşturma makamlarının delil toplamakta daha özenli olmalarını sağlayacağı gibi, kimi hukuka aykırı delil temin etme girişimlerinin önüne de geçilmiş olacağı için, kişilerin özel yaşamları da güvence altına alınmış olacaktır. Kaldı ki, bir kişinin evinin aranması, iletişiminin denetlenmesi gibi hususlarda salt hakim kararının bulunması da tek başına yeterli bir durum değildir. Böyle bir kararın varlığı bu tür işlemi kanuna uygun hale getirebilir ama hukuka uygun hale getiremez. Çünkü bu kararın aynı zamanda, makul ve hukuka uygun delil ve gerekçelere dayandırılmış bulunması da hukuken gereklidir. Bu durum da ancak, herkesi tatmin edecek, vicdanları rahatsız etmeyecek bir gerekçeye dayanan hakim kararı ile mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak, ceza adaleti konusundaki düşüncelerimizi bir düşünürün şu sözleri ile noktalamak isteriz: “*Hakimler, kanunu insafsızca yorumlardan, aşırı istidlallerden (sonuç çıkarmaktan) çekinmelidir. Çünkü, işkencelerin en kötüsü kanunla işkence etmektir. Kanunları tatbik ederken dikkat etmelidirler ki, korkutmak için konan şey ‘zulme’ alet olmasın.*” [28]

[28] Bacon (Français)

KAYNAKÇA

- HİRŞ Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 2001 Ankara. KOYUNCU Ali, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) 2006 Ankara.
- GÜRİZ Adnan, Hukuk Felsefesi Ders Notları, 1975 Ankara. ŞİRİN Osman/AŞANER Halim/GÜVEN Özcan/YALVAÇ Gürsel/ÖZDEMİR Muzaffer/EREL Kemalettin, Ceza Genel Kurulu Kararları, 2008 Ankara.
- ÇOBAN Ali Rıza, CANATAN Bilal, KÜÇÜK Adnan, Hukuk Devleti (Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal), 2008 Ankara. SAVAŞ Vural/ MALLAMAHMUTOĞLU Sadık, C.M.U.K Yorumu, 1995 Ankara.
- ÇEÇEN Anıl, Adalet Kavramı, 2003 Ankara. DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 1999 İstanbul.
- ÇEÇEN Anıl, İnsan Hakları Rehberi, 1999 Ankara. EREM Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 1973 Ankara. ARTUK/GÖKÇEK/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2002 Ankara.
- EREM Faruk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1985 Ankara. YAŞAR Osman/GÖKCAN H.Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu 2010 Ankara.
- KUNTER Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1974 İstanbul. CENTEL Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2002 İstanbul.