

# ÖNLEME VE TOPLUMSAL SAVUNMA BAKIMINDAN RASYONEL BİR CEZA MUHALEMELERİ USULÜNE GİRİŞ

Yazan :

**Jean GRAVEN**

Cenevre Hukuk Fakültesi Profesörü ve Temyiz Mahkemesi Başkanı, Milletlerarası Toplumsal Savunma Cemiyeti II. Başkanı tarafından Liège II. Milletlerarası Toplumsal Savunma Kongresine takdim edilen rapor.

Tercüme eden :

**Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ**

Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usul Hukuk Asistanı.

Enkizitorial tip an'anevi muhakeme usulü üzerine aşılınmış olan günümüz ceza muhakemeleri usulü garip ve anlaşılmaz bir anakronizmdir. Bu usul, gayesi üzerinde yüzyıldan fazla bir gecikme gösteriyor. Yalnız, "rasyonalizasyon", "teknik", "tesir" devri olan günümüzün bütün temayülü ile değil, fakat bizzat kendisinin hedef tuttuğu gayelerle de doğrudan doğruya tenakuz halindedir. Bu durumdan endişe duyulmamakta ve hattâ bu hususun farkına bile varılmamaktadır. Zamanının hâkim fikirlerine uygun ve güttüğü gayeye mutabık olduğundan dolayı o vakitler sayılıp kabul edilen bu usul, esaslı bir istihaleye maruz kalan ve hâlâ da değişmekte olan ve tamamen ayrı gayelere müteveccih bir ceza sistemi içindeki - bu değişikliğin farkına varma zamanı artık gelmiştir - hayatını sadece uzun bir meslekî alışkanlığa ve yapıcı cesaret ve belki de teşrii yaratıcılık fıkdanına borçludur.

## I

1. Gerçekten bu usul heyeti umumiyesiyle, artık bugün çok eskimiş olan, asırdide bir görüş üzerine bina edilmiştir. Filhakika, bu eskimiş görüşe göre, kovuşturma, tahkikat ve yargılama organlarının ana görevi peşinen itibarî olarak çizilmiş cani, haydut, hırsız yahut sahtekâr portresine uygun düşen ve sınıfı kat'i bir şekilde tesbit edilmiş olup tip "mücrim" i meydana çıkarıp, suçunu itiraf ettirmek ve cezalandırmaktır; bilerek ve isteyerek bu vasfı iktisap eden "şerir" ile, yakalanması anından mahkûmiyeti anına kadar karşı karşıya, vücut vücuda bir çeşit mücadeleye girişmek, bu mücadeleden muzaffer çıkmak için kendisinden

cürmünün itirafını zorla koparmak, onu yere serip lekelemek ve pes dertmektir; suçluyu, hem ika edilen kusurun hem de bu hareketin endişeye düşürdüğü nizama yapılan tehdidin icap ettirdiği bütün şiddetle "cezalandırmak", cemiyetin öcünü almak; arzusuyla ika ettiği ihlâlin "cezasını" kendisine, ceza kanununun baremine uygun olarak hesaplanmış belirli ve değişmez bir miktar para yahut hemen hemen günü gününe hesaplanmış filân adı taşıyan ve falan derecede bir hapis cezasına çarptırarak, ödetmektir. Hâkim inanca göre, böylece "hak yerini bulmuş olacaktır". Sosyal nizam galip gelmiş; sosyal kaideleri istihfaf eden, bu kaidelere tâbi kılınmış; "borcunu", hem de icap ettiği gibi, ödemiştir: tarifeye riayet tamdır. Yeni bir suç ile polis ve adaleti tekrar tahrik etmediği takdirde artık kendisiyle ilgilenilmiyecek, fakat aksi halde devir, pek az bir farkla, yeniden başlayacaktır; kanunun icabı yerine getirilmiş, yargıçların vicdanı sükûn bulmuş, umumî efkâr temin ve teskin edilmiştir.

Şu halde, prensi polarak, heyeti umumiyesiyle usul kanunu, bütün gayretler, bütün kurnazlıklar bir "düşman" a benzetilen suç failinin maskesini, kendisine karşı galip gelecek bir şekilde, düşürmeğe, suçluluğu ve kötülüğü konusunda kendisini ikna etmeğe, kusurunu kabul ettirerek - habemus confitenteur reum! - onu lekelemeğe ve merhametsizce cezalandırmağa müteveccihdir.

Mücrimi bir "kanundışı" ve bir parya, iğrenç bir şey, kendisine karşı "amansız bir takibin" tanzim edilmesi zarurî olan kötü bir yaratık, beşerî ve ilâhî emirlere itaat etmediği için cezalandırılması lâzım gelen bir varlık telâkki eden bu antik suçlu anlayışı hâlâ âmme tenkili fonksiyonunun icrasına hâkim bulunmaktadır; bu görüş doğrudan doğruya iptidai usullerden inmektedir ve günümüz hukukundaki hâkimiyeti, görebilen için, aşikârdır. Bu fonksiyona hâlâ "kötülere" karşı açılmış bir harp nazariyle bakılıyor. Bu anlayışın günümüzde abes ve mânasız olduğunu göstermenin lüzumsuz olması icap etmeliydi. Gerçekten bu görüş sadece kötü, isyankâr ve antisosyal insanlar yaratmış, kine maruz kalıp lekelenen kimseyi daha kindar ve daha hilekâr yapmış, bunları tekrar cemiyete iade edecek yerde cemiyet dışı bırakmıştır; bu telâkki bu tarz muamele gören kimseyi "mücrim" mesleğine değilse bile, bu mesleğe müsait bir duruma kat'i olarak götürmeğe müncer olmaktadır. Kendisinden, mümkünse, içtimaî bakımdan sıhhatli ve faydalanılabilir bir "insan" yapmağa gayret edecek yerde, onu nefret ettiği topluma ve bu toplumu temsil eden otoriteye karşı galip gelmeğe tahrik etmektedir.

2. Diğer bir manasızlık : Öce müstenit, sert ve olayları basit bir görüşle mütalâa eden bu tradisyon gayet tabii olarak reaksiyon yaratmış ve XVIII. yüzyılın sonundan itibaren ve XIX. yüzyılda filozofların

“beşerileşmiş” hukuk cereyanı ve modern “liberal” doktrinle karşılaşmıştır. Bu etkilerden de gayet garip bir karışım yahut, daha doğrusu, tahayyül edilebilecek en acaip bir “juxtaposition” çıkmıştır. Zira bu iki cereyanın ahenkli bir şekilde birbiriyle kaynaşması mümkün olmamıştır. Eskiyip itibardan düşen sistemin yerine ceza siyasetinin yeni görüş ve zaruretlerine uydurulmuş bir sistem konamamıştır. Birbirinin zıddı olan icapları aynı zamanda aşağı yukarı tatmin eden ibrit bir usulde karar kılmanın mahir bir hareket olduğu zannedilmiştir; bunun da klâsik ve umumiyetle taklid edilen tipi Fransız Ceza muhakemeleri usulü kanununun “muhtelit” muhakeme usulüdür. Bu usul “inquisitorial” sistemle “accusatoire” sistemin kötü bir telifidir. “Âlim” hukukun gizli ve gıyabî sistemi ilk tahkikat safhası için, “populaire” hukukun şifahî, ale-nî ve vicahî sistemi de duruşma ve hüküm safhası için kabul edilmiştir. Esmein Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Tarihi adlı eserinde, 1670 “Ceza kararnamesi partisi” ile ithamî İngiliz ceza muhakemeleri usulünün - ki bu usul iyi tanınmamış ve yanlış anlaşılmıştır - verdiği örneğe uygun bir muhakeme usulü isteyen yenilik partisi arasındaki mücadelenin nasıl böyle bir kompromi ile nihayetlendiğini gayet mükemmel bir şekilde göstermektedir.

“Liberal” temayüllerin müteakip yıllarda daha da belirli bir hal alması neticesinde gayet tabii olarak bu müvazenesizlik şiddetlendi ve karışıklık arttı. Liberal temayüllerdeki bu belirti Fransa’da, bilhassa Guizot ve Rossi’nin “néo-classique” okulu tarafından tahrik edilen, 1832 reformunda; 48 yıllarının ve ferdin hakları ve bu hakların himayesi üzerinde duran “régénération” devrinin “demokratik” bütün kanun ve anayasalarında (bahusus Cenevre (1) ve İsviçre anayasalarının çoğunda; ve nihayet 8 Ocak 1897 “Constant kanunu” (Fransa), ve buna benzer yahut daha ileri görüşlerden mülhem birçok modern usul kanunlarında ifadesini bulmuştur; bu kanunlar içinde en dikkate şayan olanı 1891, 1895 ve 1897 yıllarında tadil edilen 25 Ekim 1884 tarihli Cenevre ceza muhakemeleri usulü kanunudur. Bu ibrit usulün sakatlıkları, 1884 ve bunun yerini alan 7 Aralık 1940 Cenevre ceza muhakemeleri usulü kanunu gibi fransız sistemini kabul ettikten sonra su ile ateşi evlendirmeye, enkizitorial sisteme bağlı adalet menfaatları ile eliberal ve vicahî sisteme bağlı sanık menfaatlerini telife çalışan bu derin ve çözümlü güç tenakuzla malûl, geçmişin mirası ve her şeye rağmen muhafaza edilmiş

(1). 21 Mart 1849 tarihli ve aynı yılın 23 Nisanında cenevreliler tarafından kabul edilen, 9 Mart 1927 de yapılan bazı tâdillere hâlâ yürürlükte bulunan “Şahıs hürriyeti ve mesken masuniyeti anayasası” bu konuda gayet karakteristiktir. 1940 ceza mu. us. kanununun esasî prensiplerini bugün de düzenlemektedir (bk. meselâ, 4, 20, 70, 91, 92, 94, 97 ilâ 99, 108 ilâ 110, 150, 156, 160 ve 161. maddeler v. s.)

olan bu sisteme karşı her gün biraz daha artan tepki neticesi sanığa tanınan savunma hürriyetinin, imtiyaz ve garantilerin tekâmülü alanında her gün biraz daha ilerliyen memleketlerde takdire lââyık bütün gayretlere rağmen ıslah edilememiştir.

Modern olarak adlandırılan ve beceriksiz tenakuzlarla dokunmuş olan bu usulün sonu, gayesi nedir?

Adlî polis, tahkikat ve hüküm yargıçlarının görevi, kanunun, tatbikatın ve efkârı umumiyenin kendilerini bu vazifelerinde kudretsiz düşürmek, sıkmak ve kösteklemek için ellerinden gelen her şeyi yapmalarına rağmen, suç faillerini kovuşturmak, meydana çıkarmak, suçlarını itiraf ettirerek mahkûm etmek ve şiddetli bir şekilde cezalandırmaktır dersek yukardaki sorunun cevabını vermiş oluruz. Temel prensip ve gayesinin böylece tesbit ve kabul edilmiş olmasına rağmen - derhal söyleyelim ki bunlar tarafımızdan değil fakat günümüz kanunlarının kabul ettiği gayelerdir - heyeti umumiyesiyle "usul", devamlı olarak akli selime meydan okurcasına, bu gayeye asla uygun düşmiyen, ters bir istikamette yürümektedir; gayenin, kullanımını zaruri kıldığı bütün vasıtalar, hattızatında ulu ve hürmete lââyık olan fakat tatbik edildikleri takdirde gerçek gayeden inhirafı tazammun eden prensiplerden hareket neticesinde, ya bertaraf yahut da feda edilmektedirler. Zira, her sanıkta bir suçlu gören ve onu tıpkı müddei (ithamcı) gibi hareket eden yargıcın keyfine tabi kılan eski rejimin hatalarına karşı uyanan tepki neticesinde bugün aksi hataya düşülmüş, yükü altında bulunduğu çoğu zaman ağır suçluluk emarelerine rağmen kendisinin suçsuz sayılacağı ve masum gibi muamele edileceği kaidesi fiilen vaz edilmiştir.

a) İşte bu tarz hareket neticesinde adlî polise, evvelâ, vazifesini yürütmek için muhtaç olduğu zaman ve vasıtalar verilmemektedir. Bir yandan kanun koyucu adlî polisin sorgu, tahkikat, kontrol ve aramalarda bulunmak gayesiyle şüpheli şahsı ancak 24 saat gibi kısa bir müddet tutabileceğine karar vermiş ve kanun da sorgusu yapılmadığı yahut tahkikat yargıcı tevkif müzekkeresi kesmediği takdirde, kendisini, muvakkaten tuttuğu şahsı - ki bundan şüphesiz istifade edecektir - bu müddet sonunda serbest bırakmağa mecbur etmiştir. Sanki, "motorize" ve en son ilmî keşiflerle mücehhez ve en muktedir hareket ve en hızlı kaçma vasıtalarına sahip mücrim kumpanyalar devrinde ,bu kadar kısa bir zamanda, faydalı ve kesin bir şekilde hareket etmek ve dal budak salmış en karışık işleri çözmek mümkünmüş gibi. Diğer taraftan, bu sistem adlî polis yahut emniyet zabıtasını gene aynı şekilde müşkül bir durum içine koymaktadır: filhakika bu polis, modern delilin kurallarını bilmiyen yahut unutan yargıcın (bahusus lâik yargıç) mahkûmiyet kararı vermek için hâlâ çoğu zaman istiyeyeceği teferruatlı, kat'i ve tam "ikrar-

lar" ı temin etmek mecburiyetindedir; bu inanç sökülmesi hemen hemen imkânsız bir batıl itikattan ve meşhur "in dubio pro reo" prensibinin yanlış tefsirinden doğmaktadır. Ve aynı zamanda polisin hile yahut sürprize, psikolojik korku yahut "meşru işkence" olarak adlandırılan vasıtalara (yorgunluk, susuzluk yahut hırpalama, ki bunları "zihnî baş-dönmesi" takip edecektir) başvurarak bu zarurî ikrarları elde etmeğe çalışması (zira bu ikrarların polisler tarafından safiyane bir şekilde ve spontane olarak takdim edilmediği muhakkaktır) en şiddetli bir şekilde tenkid edilmektedir (Biz burada, gayet tabii olarak, polis devletinin asla mazur görülemeyecek suistimallerinden değil, hukuka saygı gösteren devletlerin muhakeme usulünden bahsediyoruz). Bir kelime ile, polisten her şey istenmekte, fakat kendisinin hiçbir şey verilmemektedir; polis birlikleri teşkil edilmekte, fakat burada çalışanlara gayet az para verilmektedir; imdada çağırılmakta, fakat her medenî yardım - zira "bugün şahit bulmak bile fevkalâde müşkül bir iş olmuştur" -, ihtiyaç duyulan her hareket imkânı, her ilmî araştırma ve her moral kredi kendisine reddedilmektedir. Okuru bu konuda Fransız Millî Polis Mektebi hocalarından Bay Louis Lambert'in, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (Paris, 1949, No. 2 ye ek) nin son sayısında yayınladığı ve maruz kaldığı hücumlara cevap olarak iç acısı ve meşru bir ihtirasla yazdığı yazıya gönderiyoruz.

b) Sonra, çabuk ve mükemmel bir şekilde bitirmek şansına sahip olmak istendiği takdirde tabiatı icabı gizli ve serbestçe yapılması, bir kanun, bir formalite, herhangi bir müdahale tarafından yahut bir itiraz tehdidiyle daimî surette kösteklenmemesi lâzım gelen kazaî tahkikatta, bu tahkikat ile görevli yargıcın yetkileri gittikçe tahdit edilmektedir. Eski-den tahkikat yargıcına tanınan fevkalâde geniş yetkiler - bu yetkilerin zarureten fevkalâde geniş olması lâzım gelmekteydi -, sanki, her şeyden evvel, bu yargıca ve kendisine tevdi edilen role itimat etmemek lâzımmış gibi, devamlı bir şekilde kısılmaktadır. Bu konuda Garraud, dünyada hiç bir yetkinin tahkikat yargıcının sahip olduğu yetki ile mukayese edilemeyeceğini söylüyordu; oysa ki bu yargıca, eğer lâayık ise - ki lâayık olduğu muhakkaktır -, cemiyetin kendini müdafaa konusunda sahip olduğu misyonlardan en önemlisini vermek lâzımdır. Fransız hukukunun koyduğu tahditleri daha da arttıran Cenevre'yi misâl olarak ele alıp (Ceza Muhakemeleri usulü kanunu, mad. 57) diyebiliriz ki, meşhut cürüm hali müstesna, kendisine, yapılacak muamelenin müstaceliyeti ne olursa olsun, savcıya hadiseyi haber vermeden ve savcı tarafından talep edilmeden herhangi bir tahkik muamelesinde bulunması yasak edilmiştir; yanına savcı yahut yardımcılarında birini almadan herhangi bir aramada bulunamayacak ve ikametgâhı işgal eden kimsenin yahut mümessilinin gıyabın-

da hareket edemeyecektir; bu kimselere resmen ve mükerreren haber verip kendilerini çağırmadan, içinde arama yapacağı evin, odanın yahut mobilyanın kapısını açamayacaktır; ve bütün bu muameleler gündüzün, hava kararmadan yapılacaktır. Kendisine, celp yahut ihzar müzekkeresini takip eden ilk sorgudan itibaren dâva dosyasındaki bütün itham delillerini, şahadetleri ve ispat vasıtalarını sanığa bildirme; cinayet dâvalarında, İtham Heyeti'nin oturumundan evvel, dâvanın önemine göre dosyanın hacmi ve nüfuzu güç mahiyeti ne olursa olsun, bu dosyada mevcut bütün usulî muameleleri muhtevi evrakın kopyasını sanığa bedava verme, mecburiyeti yüklenmiştir. Yargıcın odası günün her saatinde açık tutulmuş ve fonksiyonu, tamamen ayrı bir gaye güden avukatın - avukat için önem arzeden cihet yargıcı mat etmek olduğuna göre, güttüğü gaye gerçekte yargıcının zıddı demektir - kontrolü altına konulmuştur; ve bu avukatın bütün gayreti, "gerçeğin" ve "adaletin". eskiden dendiği gibi, "müruruzamana uğramaz" kadim haklarına "savunmanın" "mutlak ve mukaddes hakları"yla mukabele etmeğe müteveccihdir; savunmaya tanınan bu haklar bundan böyle herşeyin üstünde sayılacağı ve uğruna herşey feda edileceğe benziyor; herhangi bir söz, ihtiyatlı bir hareket, sert bir bakış, sadede davet bu haklara asla müsamahası caiz olmıyan "tecavüzler" telâkki ediliyor. Bu cereyanın, yargıçlık mesleğini ve tahkikat yargıçlığı fonksiyonunu İhtilâlin yaptığı gibi ortadan kaldırarak - ki bu hareketin uğradığı büyük başarısızlık malûmdur - bu görevi otoritesiz bir jüri direktörüne tevdi ile neticelenip neticelenmeyeceğini insanın kendi kendine soracağı geliyor.

Ceza adaleti ve bu adaletin ana yahut, bir muhakeme usulü tâbiri kullanarak denilebileceği gibi, "vicérale" mükellefiyetleri anlayışında kendini gösteren bu inhiraf neticesinde, merhamet son raddesine kadar götürülerek faydası aşikâr olan "ihtilâttan men" müessesesi hemen hemen her yerde pratikman lâğvedildi, ve varlıklı ve pişkin mücrime her türlü ihtilât ve kaçma imkânlarını sağlıyan "kefaletle tahliye" müessesesi hiçbir tefrike tâbi tutulmadan, hatta bazan iskandal yaratacak bir şekilde genelleştirildi. Fazla olarak, hertürlü ketumiyeti ortadan kaldıran ve hudutsuz bir hürriyet getiren bu hakların yanında sanığa "sükût hakkı" ve hatta "yalan söyleme hakkı" tanındı; sanığın hiçbir cezaya ve hatta hiçbir tehlikeye maruz kalmadan adaletle oynuyabileceği, adaleti gözünü kırpmadan ve şeytancasına yanıltıp aldatabileceği kabul edildi; yalan şahadet ve yalan yere yemin suçunu işlemek sanık için bahis konusu değildir; usul kanunlarımız "contempt of court" (mahkemeye hakaret) suçunu tanımıyorlar; kanunlarımız mücrimin kabili münakaşa imtiyazlarını şüphe götürmez adâlet menfaatinin önüne geçirmektedirler. Bugün üzerinde durulan husus suçla tehdit edilmiş ve zarara uğra-

miş olan toplumu değil, fakat bu toplumun mücrim olarak takip etmesi lâzım gelen kimseyi korumak ve "teminat altına almaktır".

c) Gayesine çoğu durumlarda aykırı ve yabancı olan bu muhakeme usulü prensiplerine rağmen şayet yeter "itham delilleri" elde edilmişse suçlu, bilhassa en önemli ve ağır ve çoğu zaman en karışık davalarda, dikkatli ve aydın bir yargılamayı icabettiren hallerde, İhtilâl mevzuatına ithâl edilirken tarif olunduğu gibi, "hâlâ yapıldığı ağacın kokusunu taşıyan iptidai bir müessese" önüne, yani tamamen ehliyetsiz ve kur'a ile seçilen, hiç bir şekilde vazifesine hazırlanmamış bir jüri önüne gönderilmektedir. Bu jüri önünde herşey hazırlıksız yapılmaktadır; hiçbir şey tetkik edilmemekte, yapılan muamelelerden hiçbir iz kalmakta ve hiçbir muamele yazı ile tespit edilmemektedir. Ve üstelik de bu jüri hukuken ve mantıken ispat edip göstererek değil (ki yargılamanın bu tarzda yapılması icabetmektedir), "his" yahut "sezi"ye müsteniden muhakeme edecektir. İngiliz jürisinde olduğu gibi kendisinden fiilin maddiyetine münhasır tek bir soruya (Bu kimse bu fiili işlemekten suçlu mudur?) cevap vermesi değil, fakat yargılamaya iştirak ederek bizzat tatbik edilecek müeyyideyi seçmesi istenmektedir; oysaki bu müeyyidenin tespiti, hergün biraz daha genişleyip güçleşen ve ilmî bir karakter iktisap eden ceza hukuku içinde, daha da nazik bir hal almaktadır. Hukuk davasında olduğu gibi yalnızca hukukî menfaatleri ve mameleki değil, fakat doğrudan doğruya insanı, şerefini ve hürriyetini konu alan ve bu yüzden neticeleri çok daha ağır olan ceza davasında, jürinin "gayret yargısı" böylece "ehliyete müstenit yargılama"nın yerini almaktadır; oysaki ehliyete müstenit bir yargılama, yukarıda arzedilen önemine binaen, ceza davasında gayri kabili içtinaptır.

Ve bu neticeye varmak için, objektif, vicdanlı bir şekilde ve sabırla gerçeği; hadiselerin beşerî mudilliğini; sanığın şahsiyetini, karakterini, geçmişini, kendisini suça götüren saikleri; tedavi ve ıslâhı için yahut kendisinden korunmağa en elverişli vasıtaları arayan bir duruşma yerine, şaşaalı, büyük lâfların yer aldığı, aynı zamanda gürültülü ve karışık bir tiyatro oyununa şahit olunmaktadır; bu safhaya hâkim en büyük endişe ve burada gösterilebilecek en büyük ustalık, bir avukatın ifadeyle, "savunulan, yani avukatının da kendisi kadar azap çektiği" suçluyu beraat ettirmek, yahut hiç olmazsa cezasını, bu cezanın mahiyeti ne olursa olsun, sistematik bir şekilde azalttırmaktır. "Hadiselerdeki karışıklığın, münakaşalardaki inceliğin, bilgisizlik ve yorgunluğun daima şaşırttığı ve çoğu zaman bunalttığı" ve "bu çeşit tahkikatın tamamen yabancı" - bu, his ve işittiklerine göre hüküm veren mahkemenin ilk tecrübesini müteakip Fransız Grand Juge'ünün daha XI. yüzyılda dediği gibi - jüri âzaları önünde girişilen bu hücumda savunmanın ödevi it-

ham organını mağlûp etmek değil midir? Bu parlak ve gürültü yaratan adli zafer, çoğu zaman, konuşma san'atının adalete karşı elde etmiş olduğu muzafferiyet değil midir? Bu zafer sürpriz yarattığı nisbette fazla alkışa mazhar olmaktadır. En makûl ve adil olanı değil, fakat en zayıf hal çaresini elde etmek için herşey seferber edilmektedir. Gerçek inkâr olunmakta, aleyhte durum saklanmakta yahut tahrif edilmekte, aydınlatılması lâzım gelen şey karartılmakta, dürüstlikle sevk edilmesi âzım gelen jüri şaşırtılıp karıştırılmakta, "cezayı hafifletici sebepler" yahut gayri muayyen ve müphem "beraat sebepleri" her fırsatta, yerli yersiz ileri sürülmektedir; ve şayet bilirkişi rey talep edilmişse, bunun da gayesi jüriden bir merhamet "verdict"i koparmaya yarıyacak bir sorumsuzluk yahut nisbi sorumluluk belgesini elde etmek, yahut da kolayca bulandırılabilen jürinin zihninde sun'î bir şüphe yaratarak kıymetli "in dubio" meselinin mutad faaliyetini sağlamaktır; bu şüphe yaratıldıktan sonra adı geçen meseli ileri sürerek suçsuzluk kararı talep etmek kolay olacaktır.

d) Böylece elde edilen beraat, hatta en hafif mahkûmiyetin bile nail olamadığı, bir imtiyaza sahiptir ki, hiçbir şey bu imtiyazı meşru gösterememektedir; ve hem de bu imtiyaz, bilinmeyen bir sebepten dolayı, pek mukaddestir; gayri âdil ve hatalı olduğu açıkça görülse bile, beraat kararına, genel olarak, el sürülemezdir. Eğer, aksine olarak, sanık mahkûm edilmişse: kendisine, duruşmaların telâşu içinde, cezaya tesir edebilecek hususî halleri mahiyetleri ne olursa olsun nazara almadan gün, ay, yıl ve frank olarak değişmez bir şekilde tespit edilmiş bir ceza tarifesi ampirik olarak tatbik edilecek, mahkeme salonundan alınıp otomatik icra için bir üçüncü şahsa terkedilecektir; artık yargıç ne verdiği kararlar ne de mahkûm ettiği kimse ile bir daha ilgilenmeyecektir. Yargılama bitmiş, şekli fonksiyonu tamamlanmıştır; gerisi yargıcı ilgilendirmektedir. Hatta çoğu zaman yargıç hapisanenin, ıslah, iş yahut tecrit evinin ne olduğunu; oturduğu kürsünün önünden, sonu gelmiyen defilenin herhangi bir gününde geçtikten sonra anonimleşen kimselere böylece tatbik ettiği ağır hapis yahut kürek cezasının ne olduğunu öğrenmek tecessüsünü bile göstermemektedir. Bu şekilde ilgisizliğe ve meçhule terkedilmiş mahkûm, şayet "vaktini doldurmuş" ve muayyen bir müddet için zahiri bir "hüsnühal" göstermişse serbest bırakılmaktadır; üstelik şansı da varsa bu salıverme vaktinden evvel olabilecek, hatta millî bir bayram, yeni bir devlet reisinin başa geçmesi yahut herhangi mes'ut bir olay münasebetiyle affa da uğrayabilecektir. Ve böylece mahkûm, geçmişine, geçim vasıtalarına, temaslarına ve tekrar içine düşeceği muhite bakılmadan, bunlarla ciddi bir şekilde ilgilenilmeden, kanun ve bu kanunun şerhleri içinde memnuniyetbahş sayılan bu sisteme



uyarak tekrar günlük hayata iade edilmektedir... ve suçluluğun ve mü-kerrirliğin bir türlü izah edilemiyen artışından, ve polis, ceza ve hapis-hane rejiminin aşikâr “iflâsından” dehşete düşüp müteessir olarak.

3. Üçüncü garabet, üçüncü hata ve teessürü mucip neticeler kayna-ğı: Medenî kaza ile cezaî kaza arasında uzun zaman hüküm sürmüş olan karışıklık sebebiyle, ve İhtilâl tarafından ilga edildikten sonra Napoléon’un hem kaza fonksiyonunu sadeleştirmek hem de bu fonksiyonun şere-fini arttırmak gayesiyle tekrar ihya ettiği “yargıçlıkta vahdet” prensibi-nin tesiri altında, ceza kürsüsüne bir hukuk yargıcının oturtulması keş-finde bulunuldu, ve, Fransız ceza muhakemeleri usulü kanununun meş-hur hükmüne göre (mad. 3), suçtan doğan şahsî hak davasının ceza da-vasıyla aynı zamanda ve aynı yargıçlar önünde takip olunabileceği ka-bul edildi. Bu ise her iki kazayı aynı zamanda zayıflatmak ve her iki yargıcı aynı zamanda gözden düşürmekten başka birşey değildir. Her iki davanın hukuk yargıçlarından müteşekkil (ki bunlar çözümü için yeterli oldukları tazminat iddiası üzerinde muhtasaran ve arızî olarak, yetersiz buldukları ve kendilerini ilgilendirmiyen ceza davası üzerin-de aslî olarak esasa müteallik bir karar vermekle mükelleftirler) bir ceza mahkemesi önünde birleştirilmesi, bu sistemi bulan uzun bir geç-mişin ve kabul eden büyük bir kanunun otoritesi olmasaydı, muhakkak ki ince bir mizahçının icadı olarak vasıflandırılırdı. Doğum kaynakları hariç, bu iki davanın müşterek hiçbir noktası yoktur. Gaye, metodlar, usulî zaruretler, karara ulaşmak için aranan teknik bilgiler birbirinden tamamen ayrıdır. Terim benzerliğinin sahte bir şekilde yarattığı birlik faraziyesinin ve “dış simetrinin” yaralayıcı ve zararlı olduğu bir saha varsa, o da içinde bulunup münakaşasını yaptığımızdır.

Failinin hukukî sorumluluğunu ortaya koyan zararı mucip herhan-gi bir fiilden mütevellit zarar-zıyanın ispatı ve tazminat miktarının tes-piti için kullanılan kazaî ve hukukî icabatla, suçun saik ve şartlarının, suçluluğun, cezai ehliyet ve sanığın cezaî sorumluluğunun tespiti, ve bu sanığı ıslah yahut tedavi etmek, gayri mütecaviz kılmak yahut müker-rirliğini önlemek için kendisine tatbik edilecek en iyi vasıtanın seçimi arasında müşterek olarak acaba ne vardır? Ve, bilhassa, hukuk yargıcı olarak yetişmiş - jüre’den, tesadüfen kürsüye oturtulmuş lâik yargıçtan evleviyetle söz açmıyoruz - yargıçtan kendisine yabancı olan bu güç prob-lemi inceleyip çözmesi nasıl istenebilir ?

İyi bir hukuk yargıcının muhakkak iyi bir ceza yargıcı olması icap etmez; hatta durum çoğu zaman aksi olacaktır, zira birbirinin zıddı ol-masa bile hukuk ve ceza yargıçlarına has tefekkür metodları, kaliteler, bilgiler tamamen yekdiğerinden ayrılmaktadır. Tarde, “Philosophie

pénale” adlı eserinde müdafilerin edebî nutukları içinden gerçeği çıkaracak ve mücrimleri gözlerinden okuyacak, her iki alanda da mükemmel olan bu ansiklopedik yargıca nerede rastlanmıştır? diye sormaktaydı. Halk efkârının çoğu zaman zannettiği gibi, bir “hukukçunun” bütün hukuk disiplinlerine vakıf olduğunu ve bu disiplinleri yeterlikle yürütebileceğini tahayyül çocukça bir harekettir. Bu belki eski devirlerde mümkündü; fakat bu disiplinlerin, sayıları durmadan artan kanun, doktrin ve içtihatlarla gittikçe genişlediği ve dal budak saldığı bu günde böyle bir faaliyet artık imkânsızdır; tek bir adamın görüşü ve ömrü bu disiplinleri ihataya kâfi gelmeyecektir. Devamlı olarak velâyetle, mal rejimiyle, boşanma yahut mirasla, borçlarla, akit yahut şirketlerle, ipotek, rehin yahut sigorta işleriyle uğraşan, buna mukabil geniş ve nazik kriminoloji ve ceza ilimlerine müteallik hiçbir şey bilmiyen, belki de cinaî antropoloji yahut tipolojinin bahsini bile işitmemiş, polis ilmini zabıta romanlarından ve adlî tıbbî gazetelerin cinayet ve çocuk düşürme vak’alarından bahseden müteferrik hadiseler sütununda öğrenen; asl abir ceza müessesesini ziyaret, bir suçluyu müşahede etmemiş yahut psikolojisini incelememiş, elinde tutup arasına sahifelerini çevirdiği Ceza Kanununun içinde tatbik edeceği maddeyi bulmada güçlük çeken ve bu madenin ne doktrinal izahını ne de jürisprüdansiyel tefsirini iyice bilmiyen bir hukukçu, hukukî esprisi ne kadar keskin ve tecrübe görmüş, “medenî” ve “ticarî” tatbikatı ne kadar mükemmelleşmiş olursa olsun, böyle bir kimse nasıl olur da artan suçlulukla dolup taşan bir dünyada cezaî görevinde kalifiye olabilir? Bu suç âlemine nüfuz, artan suçluluğa çare bulmak ve bu tedbirleri fiilen tatbik günden güne güçleşmektedir.

An’anevi sistem çoğu zaman yüksek hukukî teşekkülât ve tecrübeye sahip personel içinden seçilen **temyiz** yargıcı için varit olabilir. Filhakkâ bu yargıcın görevi, lüzumu halinde, uzaktan ve yüksekte, sırf hukukî bir meselenin, bir kanun metninin ihlâlinin, yani **herşeyden evvel hukukî olan** bir problemin tetkik ve çözümüdür. Bu problemin çözümü de kendisini alışmış olduğu zihnî faaliyetten ve mücerret muhakeme metodlarından uzaklaştırmacaktır. Fakat **tatbikat yargıcı** için durum başkadır; an’anevi sistem içinde bu yargıç zaruri meslekî evsafa sahip olamayacaktır. Zira tatbik yargıcı, olaylara, bu olayların tespit ve ispatına ve akislerine; suç failinin ancak vasıtasız müşahede ve sorgularla nüfuz edilebilecek, başlıbaşına bir muamma olan şahsiyetine, bu şahsiyetin fizik, psikik ve psikolojik veçhelerine; nihayet ceza siyasetinin emrettiği tedbir ve çarelere müteallik en müşahhas ve hayatiyeti haiz sualleri ayıklayıp çözmekle görevlidir. Sonra, alınacak tedbirler ve tatbik edilecek ıslah vasıtaları mücerreten ve bir kanunun hukukî icaplarına göre değil, suç realitesinin maddî zaruretlerine göre seçilecektir. Bu ödev fevkalâde ö-

zel bir mahiyet arzeden, başka bir ilme muhtaçtır; ve yerine getirilmesi için, hususî surette yetiştirilmiş yargıçlar istemektedir. İdarî kaza, ticaret ve hatta iş mahkemesi yargıçlarına sahip olma faydalı ve zarurî bulunmuş, buna mukabil ceza yargıçları konusunda tereddüde düşülmüştür. Bu iyi bir psikiyatr'dan (ilminde ne kadar yükselmiş olursa olsun) bir beyin ameliyatı istemeğe benzer.

Ferri, Garofalo ve Tarde'dan beri, bu manasızlık ve uyuşmazlık, bu dalâlet, doğurduğu neticeler, bu prensibin hâkim olunamıyan ve hatta artışı bile önlenemiyen suçluluğun bugünkü teessüfü mucip durumundaki sorumluluğu, bu duruma bir son vermek için küllî bir reforma olan zaruret üzerinde söylenmedik hiçbirşey kalmamıştır.

1933 Palermo III. Milletlerarası ceza hukuku kongresi, 1935 Berlin XI. Milletlerarası ceza ve hapisanecilik kongresi, 1938 Roma I. Milletlerarası kriminoloji kongresi bu problemi müzakere edip kâfi miktarda aydınlatmıştır. Liège Üniversitesi profesörlerinden, istinaf mahkemesi savcısı Jean Constant da aynı meseleyi, son yıllarda, **Revue de droit pénal et de criminologie**'de (Bruxelles, Nisan 1947. no. 7, s. 533 ve son.) büyük bir vukufuyla tekrar hatırlatarak ele alıp inceledi. Bu konu üzerinde istarı lüzumsuz bulmaktayız; zira birkaç asırlık bir organizasyon ve itiyatla karşılaşan pratik tahavvülâtın tahakkuku güç ve uzun zamana mutavakkıf olmakla beraber, devrimizin fenomenlerini ve ödevlerini yeni baştan düşünmek zahmetini ihtiyar eden espriler için, bu savaş artık kazanılmıştır. Medenî hukuk, hukuk davası ve yargılaması, hukuk mahkemesinden istihsal edilen kararın icrası ile ceza hukuku ve davası, ceza yargılaması ve ceza kararının infazı yekdiğerinden ayrı şeylerdir, her ikisinin kendisine has karakteri, müteaddit ve muhtelif icapları vardır; ve bu icaplar ancak hususi olarak hazırlanmış, yetiştirilmiş ve ait olduğu göreve tahsis edilmiş meslekten yargıçlar tarafından yerlerine getirilebileceklerdir; kaldı ki bu görevlerin herbiri kendilerine tahsis edilen yargıcın bütün ilmini ve gayretini, bütün hayatını doldurabilecek mahiyettedir. Küçüklere mahsus ceza mahkemeleri konusunda her yerde bu hususun farkına varılmış ve gerekli icraat tahakkuk ettirilmiştir: bu müstakbel yapının eşğine atılan ilk fakat kat'i adımdır.

4. Yukarıda özetlediğimiz ve iyice göstermek gayesiyle hatlarını azıcık kalınlaştırdığımız bu ceza sisteminin tamamen yanlış olduğu, bugünkü anlamındaki ceza adaleti, önleme ve toplumsal savunma menfaatlarıyla kat'iyyen uzlaşamayacağı, ve artık muhafazasının imkânsız bulunduğu gerçekten hissedilmiyor mu? Gaye ve icaplarına uygun düşen bir muhakeme usulü içinde bahis konusu edilmesi lâzım gelen şeyler acaba nelerdir?

Devrimiz, "pozitivist" antropolojik ve sosyolojik italyan mektebi tarafından haklı ve takdire lâyık bir şekilde ortaya atılan kıymetlerin - inkârı imkânsız hatalar da ika edilmiştir - külli inkilâbını, ilmî ve tecrübî metodlara müsteniden, yapmaktadır. Vasıtasız müşahede, pür zih-nî inşain yerini almıştır. Suç ve suçlu, Ferri'nin "Sociologie criminelle"-inde cephe aldığı klâsik hukukun "tecerrütleri"nden, "hukukî entiteler"-inden -ve münhasıran hukukî- tamamen ayrı birşeydir. Bunların, -Sirius'-un görüşüne göre, diyebiliriz- matematik bir şekilde tespit edilmiş herhangi bir müeyyide tehdidi altında falan şeyi emir yahut filân şeyi yasak eden pozitif bir kanun metnine, normal olduğu kabul edilen ve bi-zatihi fazla bir önem arzetmiyen bir hukuk süjesi tarafından yapılan a-lelâde bir ihlâl telâkki edilmemesi lâzımdır. Sosyal bakımdan faydalı bir iş yapmak istiyen ceza yargıcı bir kanunun kelimeleri üzerinde değil fakat yaşıyan bir matiyer üzerinde çalışmalıdır; bu yargıç, namütenahi tenevvü gösteren, daimî hareket halinde, ferdî, mudil **beşeri gerçeklerle** karşıkarşıyadır. Sayısı yirmiye aşan birçok üstad, pozitivist mektebin-kilerden sonra, bu etüdleri derinleştirip zenginleştirdiler, konuya vuzuh verip hataları bertaraf ettiler. Ve Belçika toprakları üzerinde toplanan milletlerarası bir kongrede, Prins'ler, Werwaecke'ler ve Braffort'lar gi-bi herkes tarafından bilinen Etienne de Greeff adını da saygı ve min-nettarlık ifadesi olarak anmadan vazgeçilemez (1).

**Revue de droit pénal et de criminologie**'de (Bruxelles, 1948, no. 5, s. 422 ve son.) yargıç Versele'nin aynı başlıkla hatırlattığı gibi, artık "sert an'anecilik boyunduruğunu kırarak daha realist bir anlayışa doğ-ru dönmenin" vakti gelmiştir. Birçoklarının daha evvel fevkalâde bir şekilde ifade ettikleri ve burada bulunanların da şüphesiz kabul ettiği bir hususu biz de bir defa daha tekrar edecek değiliz. Mücrim, herkes gi-bi, kendisini müşahede, takip ve muhakeme eden kimse gibi, bir insan-dır; suç da, her beşerî hadise gibi, insan tarafından ika edilen bir fiildir, ve "antisosyal bir fiil" olması ve bu sebeple kanun tarafından cezalandı-rılması hasebiyle sosyal bir fenomendir; keza, bu fiilin insandan, bu in-sanın ferdî ve derin şahsiyetinden, içinde büyüdüğü, faaliyette bulundu-ğu sosyal muhit ve şartlardan tefriki mümkün değildir: Şu halde, bü-tün bu şartların beraberce ve birbirleriyle olan bağılıkları içinde ilmî bir şekilde tetkik ve kıymetlendirilmesi lâzım gelmektedir. Kazaî fonk-siyonla görevlendirilen kimselerin artık mücerret "şeklî hukukun" öte-sine geçip, ceza hukukuna "yardımcı" ilimler mutad adı altında topla-nan ve böyle olmakla beraber bu hukukun ihmal edegeldiği ilimlerin

(1) 8 Aralık 1949 tarihinde Liège'de toplanan Milletlerarası Toplumsal Sa-vunma Cemiyeti Genel Kurulu, profesör de Greeff (Belçika), Lyra (Brezilya)

yardımıyla, psikolojik, sosyal ve “kriminell gerçeğe” yaklaşması lâzımdır. İşlenen fiilin objektif elemanlarını, tespit ve tayini haddizatında güç olan irade serbestisinin miktarını, bu fiilin itibarî eşele göre icabettirdi- ve Balestra (Arjantin) ya cemiyetin fahrî üyeliği payesini tevcih etmiştir. İki ceza miktarını tespit için sadece suç teşkil eden fiilin tetkiki kâfi değildir; hatta böyle bir teşbbüs gülünç olacaktır. Bu tarz davranış kanunu tatmin edebilir, fakat adaleti, sosyal faydayı ve hayatı asla! Suç sebeplerini ve bu suçun mekanizmasını meydana çıkarmak, suç failinin niçin ve hangi tesirler altında ve nasıl bir geçmişle bu tarzda hareket ettiğini, bir malûlün mü, yoksa bir sapık veya bir hastanın mı - ki bu üç ayrı durum eskiden takbih vasfını muhtevi “malfaiteur” (kötülük yapar, şerir) genel adı altında birbirleriyle karıştırılmakta idiler - yargılandığını bilmek, ve bu kimsenin arzettiği hususi duruma biyolojik, psikolojik ve sosyal bakımdan en uygun düşen tedbirlerin hangileri olduğunu bulmak için herşeyden evvel **insanı**, suçlu yani “antisosyal yaratığı”, Rektör Agostino Gemelli'nin bugün her yerde tanınan ve tartışılan kitabının (Editions Giuffrè, Milano 1946 (1)) adını kullanarak, “biyolojik ve psikolojik temelleri içinde suçlunun şahsiyeti”ni incelemek lâzımdır. Artık bahis konusu olan şey şaşırtarak suçu ikrar ettirmek değil, fakat sanığın arzettiği hususî hali teşhistir; imkân nispetinde eşit fakat en doğru ve müessir şekilde muamele etmektir. Her hal birbirinden farklıdır ve ferdîdir ve ayrı bir mesele ortaya çıkarmaktadır. Üstünkörü bir yargılamadan sonra peşinen tespit edilmiş kategorilerden herhangi birine ithal edilen ve herkes için aynı olan bir ceza ile cezalandırılan sanıkların sayısını, cezaevlerini dolduran sayısız psikopatları, moral his ve kanuna uygun olarak cezalarını çektikten sonra serbest bırakılan sayısız islahı gayri mümkünleri düşündükçe insan titremektedir.

İmdi, bu realist ve yaşayan ceza hukukunda ve bu hukukun fonksiyonunda bilhassa önem arzeden cihet ne bir ikrar koparmak, öç almak, vurmak, cezalandırmak, kötülüğü kötülükle karşılamak, işlenen suçun kefareti ödötmek, azap çektirmek, ne de suçluyu, her çeşit söz ustalığı ve manevra ile, her ne bahasına olursa olsun adaletin sert muamelelerinden koruma çarelerini aramaktır; bu türlü hareket tarzı hiçbir fayda temin etmeyecektir. Gaye, işlenen fiilin iç ve dış sebeplerini, sanığın tarlalarının yahut bedenî veya ruhî zaaflarının mahiyetini, suçluluğu önlemek, bu şahsı islah ve tedavi ile cemiyet hayatına tekrar intibak ettirmek ve kendisine cemiyet içinde yeniden bir yer vermek için, tanımak-

(1) Bu eser İsviçre'de, bilhassa Lugano kantonal cezaevi müdürü B. S. Jacomella'nın *Revue pénale suisse*'de yayımlanan mufassal bir etüdüne konu teşkil etmiştir. (Bern, 1943, s. 341 ve son. Nuove concezioni e nuovi orientamenti sull' esame della personalità del delinquente).

tır; bu yoldaki araştırma kinden arî ve sanığı hâkîr görmeden, bilâkis beşerî şefkat ve hoş görürlüğü havi ilmî vuzuh ile her halin özelliklerine ve her sanığın şahsiyetine göre yapılacaktır. Garofalo "Maximes" (XII ve XIII) lerinde "Matlup, fiili cezalandırma değil, fakat sanığın bu fiille ortaya çıkan suçluluğunu vurmaktır, cezayı ne suçun objektif ağırlığı ne de suçlunun normal sorumluluğu ile nispetlemeği düşünmemek lâzımdır, yapılması lâzım gelen şey cezayı suçlunun suça olan temayülüne göre tespit etmektir" diyordu. "Biz yargıcın, irade serbestisinin bu farzî ve tayini gayri mümkün mikdarına nispet edilmiş lüzumsuz bir ceza vermesini değil, fakat, içtimaî zaruret hudutları içinde kalarak, önleyici vasıtayı bulmasını istiyoruz; yapılacak yegâne şey de budur... Gaye bedbahtı vurmamak değil, cemiyeti, önceden görülmesi kolay olan afetlere karşı korumaktır" (Crimonologie, La répression).

Bu önleme ve toplumsal savunma anlamları üzerine kurulan **muhakeme usulünün** karakter, vasıta ve gayeleri, öç ve kefarete esasına müstenit an'anevi ceza telâkkisine has usulün karakter, gaye ve vasıtalarından gayet tabiî olarak farklı olacaktır. Pozitivist mektebin şefi Lombroso, "Cinaî antropolojinin tatbikleri"ni (Paris, 1892, Les théories nouvelles de droit pénal) tetkik ederek Garofalo'ya haklı bir hürmet ifadesinde bulunurken yeni mektebin sadece ceza kanununun prensiplerine hücum etmediğini ve edemiyeceğini, fakat aynı zamanda "aşağı yukarı bütün usûl sistemini de devirdiğini" bilhassa belirtiyordu. Garofalo, bir yargıç olması hasebiyle - hem de büyük bir yargıç - "hukukçular tarafından icat edilmiş usûl sisteminin sayısız manasızlıklarını gözönüne sermek" ve "yeni kriminalistlere" reform yolları üzerinde rehberlik etmek için gereken vasıflara herkesten daha fazla sahip idi. Fakat, o zamandan beri, usul hukuku, hukukun yürüyüşünü takip edemeyip garip bir şekilde geri kaldı ve mesnetsizlik daha da şiddetlenip zararlı, köstekleyici bir hal aldı. Son günlerde, Bay Gausenberg'in **in dubio pro reo** prensibi ve bu prensibin tatbikindeki bazı güçlükler" üzerindeki etüdünde bu prensipten neş'et eden mahzur ve manasızlıkların - jüri ile yargılamanın muhafazası gibi - haklı bir tenkidini yaparken belirttiği gibi (**Revue de droit pénal et de criminologie**, Bruxelles, 1949, no. 10, s. 933 ve son.) : "Kabul etmek lâzımdır ki: ceza kanunu hassaslaşıp nüanslarla dolduğu nisbette, kendi tekâmülüyle muhakeme usulüne has müesseselerin tekâmülü arasındaki mevcut ayrılık da daha belirli bir şekilde ortaya çıkıyor; o derecede ki, insana, birbirinden bihaber ve tamamen başka saiklere tâbi iki ayrı gelişme karşısında bulunulduğu hissi gelmektedir". Muhakeme usulünün, gerçekten, **maddi hukukun gayelerine uygun bir şekilde** baştan sona kadar yeniden tanzim edilmesi lâzımdır. Ceza problemi ve icaplarını "realist görüşü"n bizi, İtalyan meslektaşımız Profesör

Santoro'nun da adlandırdığı gibi "ceza muhakemeleri usulünün realist görüşü"ne ("Visione positiva del processo penale" ("Scuola positiva" 1947) ) götürmesi icap etmektedir. Hukukî aracın, gerçek fonksiyonuna uydurulması şarttır.

Mümtaz birkaç espri bu yeni usulü bulmağa ve bu usulün anahatlarını çizmeğe çalıştı. Bu genç kriminalistlerin orijinal gayretine karşı duyduğumuz sempatinin ifadesi olarak burada Cenova, toplumsal savunma etütleri milletlerarası Enstitüsü sekreteri ve **Rivista di Difesa sociale** (Appunti intorno al procedimento di socializzazione, adı geçen Revue, 1937, no. 3, s. 285 ve son., ve 1948, no. 1 - 2, s. 45 ve son.) başyazarı Bay Cesidio de Vincentiis, ve daha evvel adı geçen Bay Yargıç Versele (**Revue de droit pénal et criminologie**, 1948, no. 5, Esquisse d'une réforme pénale judiciaire, s. 436 ve son.) nin taptaze etüdlerini zikredeceğiz. Zaten niyetimiz ne kendilerinin fikirlerini tenkidî bir tetkike tâbi tutmak, ne de bizzat yeni bir muhakeme usulü projesi hazırlamaktır; fakat bu yolda ilerlemek gayesiyle sadece birkaç prensibin vaz'ıdır (1).

## II

İster "suç" adı verilsin, ister "antisosyal fiiller" yahut "sosyal bakımdan tehlikeli fiiller" tabir tercih edilsin, ceza kanunu tarafından yasak edilen fiillerin takibi ve adlî neticelerinin tespiti ve dar anlamındaki tahkikatın (hazırlık tahkikatı) yapılması, "Devlet savcısı" yahut "müddeiumumi" gibi bir organa ihtiyaç göstermektedir; bu husus inkâr edilemez. Aynı şekilde, bu araştırma ve tahkik ödevi, zaruri olarak, bu işi görececek kalifiye bir personele, yani - an'anevi müesseselerden ayrılmış

(1) 17 Kasım 1944 tarihli Adalet Bakanlığı kararnamesiyle kurulan kazâ reform komisyonu tarafından hazırlanıp 1945 yılında, ceza muhakemeleri usulü bölümü başkanı Bay Profesör Donnedieu de Vabres'in ilk raporuna konu teşkil eden ve şimdi Başkanının ikinci raporuyla neşredilmiş bulunan (*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1949, no. 2, s. 433 ve son.) yeni "Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu projesi" getirdiği sadelik ve tekâmüller, rasyonel ve önemli yeniliklerle ne kadar enteresan olursa olsun, bizzat raporda da söylendiği gibi, heyeti umumiyesiyle *klâsik* bir kod teşkil etmektedir, ve bazı modern kanunların kabul ve doktrinin de tavsiye ettiği birkaç realizasyonla ıslah edilen an'anevi doneler üzerine bina edilmiştir. Yalnız "tahkikat"a değil, fakat bütün ceza muhakemeleri usulüne ve hatta bundan böyle infaz safhasına da tatbik edileceğine, ve yalnız cinayet davalarında takip edilecek usûle değil fakat kovuşturma safhasında ve polis ve asliye (correctionnel) mahkemeleri önünde takip edilecek usûlü de tanzim ettiğine göre bu kanun, bizzat Fransız doktrininin de belirttiği gibi, yanlış ve an'anevî başlığını, serlâvhasını bile değiştirmemiştir (projet de Code d'instruction criminelle français).

olmamak için, - bir "adli polis"e, bir "emniyet zabıtası" yahut bir "polis görevli jandarma teşkilâtı"na (verilecek adın önemi yoktur) ve yargıç veya "tahkikat yargıçları"na muhtaçtır. Keza, bazı aksi tatbikata rağmen (1), kovuşturma fonksiyonunu tahkik fonksiyonundan ayıran an'anevi fransız presibini de kabul ediyoruz; zira savcı ceza davasının taraflarından olduğuna göre "ilk tahkikat" gibi kazaî bir mahiyet arzeden muameleleri yapamıyacaktır. Bu ilk tahkikat, biraz sonra da göreceğimiz gibi, yetkili yardımcı servislerin de iştirakiyle nihai kararı hazırlamasına binaen "kazai" bir muamele olarak karşımıza çıkmaktadır. 1808 ceza muhakemeleri usul kanununun münakaşaları sırasında Devlet Şûrası'nın savcı ve tahkikat (sorgu) fonksiyonlarının birbirinden ayrılması lâzım geldiği konusunda ileri sürdüğü görüş kısmen, - fakat sadece **kısmen** - yerindedir. "(aksi takdirde) savcı bütün siteyi titreten küçük bir müstebit haline gelecektir... Eğer vatandaşlar, kendilerini itham ve bu ithamın ispat vasıtalarını toplanma yetkisinin aynı şahısta birleştiğini görürlerse korkudan titreyeceklerdir". Ve devlet temsilcisi savcının,

(1) Yeni Fransız Ceza Muhakemeleri Usûl Kanunu projesi (mad. 51 ilâ 57) an'anevi fransız pratiğini terkedip eski tahkikat (sorgu) yargıcına düşen muamelelerin Cumhuriyet savcı ve yardımcılara tevdiî suretiyle bu sisteme ilhak etmektedir; fakat bu proje savcının üstünde "tahkikat safhası yargıcı" (juge de l'instruction gibi yeni bir organ ihdas ediyor. "Bu organın görevi - resmî rapora göre - taraflar nef'ine tahkikata müdahale ederek, bu tahkikati kontroldur". Bu organ, görev ve rolü itibariyle, 1834 Cenevre ceza muhakemeleri usul kanununun bugün "İtham Hey'eti"ne kalbolmuş (Chambre d'accusation) "Tahkik Hey'eti" (Chambre de l'instruction) müessesesine fazlaca yaklaşmaktadır. Bu "İtham Hey'eti", müracaat üzerine, savcının kovuşturmayı ve sorgu yargıcının tahkikata (mad. 173 ve son.) müteallik kararlarını kontrol etmekte, tevkif müddetinin uzatılması, ihtilâttan men müddetinin sekiz gününü aşabilmesi konusunda karar vermekte, "mandat de dépôt" kesmekte (mad. 93, 143 ve 154), muvakkaten salıvermeye karar almakta (153 ve son.), tahkikat süresine nezaret etmekte (143 ve 179), icabı halinde tevsii tahkikat (183), men'i muhakemeye karar verip, cinayet davalarında ithamnameyi hazırlamaktadır (150 ve son.). Mevcut sistemin fransız hukukunda yer alan önemli mahzurlarını düzeltme bakımından ne kadar faydalı olursa olsun - Cenevre'de de güdülen gaye bu idi - bu reform, sistemin doğurduğu ve işaret ettiği müzgülüğe bir çare bulamamaktadır; zira savcı, herşeye rağmen, hem mahkemeler önünde itham (projenin 37 ve müteakip maddeleri), hem de bu itham müteallik tahkikatı bizzat yapacak bir organ olarak kalmaktadır; ve üstelik, bu sistem, tahkikatın, bu tahkikatı bizzat yapan yargıcı aydınlatarak esas müteallik kararını iştinat ettireceği aydınlatıcı bir kazaî muamele olarak mülâhazasından beklediğimiz faydayı da sağlamamaktadır. Tahayyül edilen rasyonel ceza muhakemeleri usulü sisteminde ilk tahkikatın oynayacağı rol ise budur.

(1) Le droit pénal soviétique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, 1948 ve 1949, bilhassa no. 2, 1948, s. 261 ve son.



siyasî iktidar elinde bir âlet olması halinde, arzedeceği tehlikenin azameti o vakitten beri belirtilmektedir. Şayet savcı emniyet zabıtası teşkilâtı yanında bir de tahkikat yargıçlığı hey'etini elinde tutsaydı, fonksiyonu, kanunen sahip olduğu imtiyaz, mutlak, günümüzde benimsenen bir tabirle, "totaliter" bir yetkiye kâlbolurdu. Böyle bir tahkikatta da, "leh ve aleyhe" yürütülecek tahkikatın muhtaç olduğu tarafsızlığı sağlayacak mukabil kuvvetten eser kalmıyacaktır. Bu prensibe müstenit, ve Fonteyne'in "Droit et justice en U.R.S.S." (Paris, 1946) adlı eserinde dediği gibi "Devlet savcısı"nın rolünü "bugüne kadar hiçbir cemiyetin yükseltemediği" bir seviyeye çıkararak sovyet teşkilâtı, daha evvel de gösterdiğimiz gibi (1), bu tek taraflı sistemin mahzurlarını ve tehlikeli gerçeğini mükemmel bir şekilde tekit etmektedir.

Fakat, kamu adına kovuşturma ve araştırmalarda bulunacak olan bu organın temel yapısına dokunmak hernekadar şart değil ise de, "savaşsever" karakteri terkedilerek, buna mukabil bu davanın, yüksek sosyal ve endividüel faydayı vazih ve rasyonel olarak "ilmî" bir şekilde aradığı kabul edilirse, bu organın **rolü** de tamamen başka bir anlam alacaktır. Bizzat müesseselerin bünyesi konusunda yukarıda serdettiğimiz ihtirazî kaydın manası da işte budur. Yargılamanın vasıtasız gayesi bir ceza tatbiki olmadığına göre, savcı da artık zalim, merhametsiz, sadece tatbiki mümkün en ağır cezayı düşünen "kamu ithamcısı", sistematik bir şekilde "hücum eden kimse" olmaktan çıkacaktır. Fonksiyonu da artık cemiyetin öcünü alma ve sanığı kendi beyanlarıyla ilzam değil, fakat hadiseyi makul bir şekilde teşrih olacaktır. Bu fonksiyon, genel menfaatin yönelmiş olduğu gayelerin - önleme, tedavi, ıslah, himaye yahut tecziye - emreder görüldüğü en uygun vasıtalar konusunda, her halin arzettiği özelliğe göre, sükûnet ve teemmülle, karar kılmak, bu tedbirleri almak yahut teklif etmekten başka birşey olmayacaktır. "Kamu selâmeti" anlamı değiştiğine göre, bu istihale ile beraber, biraz sonra izah edeceğimiz gibi, ceza davası da mahiyet değiştirecektir; bu tahavvül zaruridir. Bundan böyle en iyi savcı en fazla korku yaratan değil; fakat en muvazeneli olan kimsedir; ceza davası da artık ihtiras içinde yapılan hırçın bir mücadele olmaktan çıkacak, akli selimin emrettiği bir çeşit teknik muamele halini alacaktır.

1. Her kovuşturmanın ilk ödevi, her ceza davasının ilk merhalesi, şüphesiz, suç yahut sosyal bakımdan tehlikeli addedilen fiili ve bu fiilin failini bulup ortaya çıkarmak olarak kalacaktır. Çoğu davalarda ilk tahkikat ve anket safhasından vazgeçmek imkânsızdır.

Fakat bu safhanın karakter ve vasıtaları da, daha doğru ve sıhhatli bir suç ve suçlu telâkkisine uygun olarak tekâmül edecektir. Suç ve suç-

lu, teolojik yahut enkizitorial anlamındaki “kötülük”, menfur günah, zincire vurulup lekelenmiş, çamura atılmış, rezalet ve alçaklık hurafesinin asırlar boyunca başı üzerine toplandığı “bir kötü insan” olarak değil, antisosyal bir fiil ve insan olarak mülâhaza edilecektir. Görüş zaviyesi değiştiği, tecziye ödevine iştirak eden bütün organlar kovuşturup yargılayacakları kimsede ve bu kişinin davranışında sadece antisosyal bir insan ve fiil görmiye alıştıkları, suçluyu bir çeşit hasta, deli yahut sosyal sapık - ki bu marazi halin kısmî yahut küllî olabileceğini ve hatta bazan nefrete kadar gidebileceğini kabul etmek daha doğru bir hareket olur - saydıkları takdirde, beşerî şahsiyet “hak”, “şeref” ve “garanti”leri daha ender ayaklar altına alınmak şansına sahip olacaktır. Usul hukukunda kendilerinden fazlaca bahsedilen bu mefhumların resmen tanınması ve hatta Dünya Milletler Teşkilâtı önünde kodifiye edilmeleri için muazzam gayretler sarfedilmektedir. Bu söylediklerimiz gerçek olduğu zaman bu mefhumlardan daha az bahsedilecek, fakat bunlara gösterilen hürmet daha ziyade olacaktır. “Mücrim” istihfaf edildiği, ve herşeyden evvel ve herşeye rağmen sahip olduğu **insanlık vasfı**, birçokları gibi zayıf, kötü, sapık yahut bayağı insan vasfı, unutulduğu içindir ki bu vasfı himayeye matuf herşey de hor görülmektedir.

İlmî bir şekilde tanzim ve geliştirmeye, itina ile seçilip yetiştirilmiş, gerçek misyonunu (müdrük, kriminalistik ilminin bugün emrinize koyduğu hakikaten faydalı ve modern vasıtalarla mücehhez bir personele tevdi etmeye karar verildiği zaman bu tahkikat safhasının karakteri tamamen değişecek, tasfiye edilmiş olacaktır. Vazifelerine lâyük manen ve madde-ten seçkin bir polisi, ve “sorguyu yumruklarıyla yapan kötü polis”e ait kaba ve ampirik metodların yerini kat’i bir şekilde almış olan psikolojik ve ilmî metodları birçok defalar hararetle savunmuş olduğumuz için bu konuda ısrarı lüzumsuz buluyoruz. Bu meseleyi, **Revue de criminologie et de police technique**’in bugünlerde Cenevre’de neşrettiği (1949, no. 3) ve avukat Mellor’un adli “işkence” ve XX. yüzyılda yeniden ortaya çıkışı (Paris, Les Horizons littéraires, 1949) konusundaki, fazla gürültü koparan, kitabı münasebetiyle yazdığımız bir yazıda da uzun boylu inceledik; fazla olarak aynı problemler bu kongrede, programın diğer bir bölümünde, incelenip münakaşa edilmişlerdir. Bu tetkiklerden çıkaracağımız önemli tek netice ve reform şudur: “Kaba polis metodu” ilmî polis mütehassısı lehine ortadan kaybolmalıdır; adli polis lokallerinin merkezi “spontane ikrar odaları” değil, kimyevî, balistik ve teknik araştırma lâboratuvarları olacaktır; matrak ve yumrukla, hırpalıyarak ve aç bırakılarak yapılan sorgu kat’i surette yasak edilecektir, bunların yerini “yalanı kaydeden makine”, “polygraphe” ve aynı prensibe müstenit diğer apareyler vasıtasıyla yapılan hassas, psikolojik sorgu alacaktır; hat-

ta belki - hernekadar bu kanaatımızdan dolayı tenkide uğramış isek de - lüzumlu bütün garanti ve tedbirler alınmak şartıyla, ve hakikaten ağır adi hukuk suçlarında, penthotal yahut diğer zararsız bir madde vasıtasıyla tıbbî narkoz altında yapılacak sorgu yukarıda sayılan kaba metodlar lehine kabul edilecektir. Gayet tabii olarak bu değişiklikler sanığı "mağlûp etmek", onu cezalandırıp cemiyet dışına atmak için değil, bilâkis adaleti aydınlatmak gayesiyle yapılacaktır. Ancak bu aydınlatmadır ki adaletin, bu sanık konusunda, hakkaniyetle, durumunun icap ettirdiği sükûnet, isabet ve rasyonellikle hareket etmesini, bu kimseye "ilgilenip" eğer mümkünse kendisini "kurtarmasını" ve tekrar cemiyete iade etmesini sağlayacaktır. Burada, çoğu zaman mübalâğa edilerek söylendiği gibi, "işkence"den, "gasp"tan yahut "ilmî barbarlık"tan bahsedilemez; durum mecburi kan alımı yahut zührevi analizde olduğundan başka türlü değildir; bu faaliyetlerle daha ziyade profilaksi ve sosyal tedavi alanına yaklaşılmaktadır.

2. Gerçekten, kelimenin asıl anlamıyla bir kimse hakkında "hüküm verebilmek" ve bu kimseye fiilinin ve durumunun icabettirdiği en münasip ferdî tedaviyi, iyi idrak edilmiş şahsî ve genel menfaat mülâhazasıyla tatbik edebilmek için, fiil ve dış şartlardan, ceza probleminin maddî donelerinden sonra, zarureten, şahsî doneleri araştırmak, insanı ve derunî şahsiyetini, karakter ve suç saiklerini, mümkün malûliyetlerini, itiyatlarını yahut her türlü bozukluklarını aydınlatmak lâzımdır. İptidai usûl sistemlerinin "insan fiiliyle ölçülür" (le fait juge l'homme) diyen meselinin aksine olarak, maddî hadise, bizatihi fiil değil, fakat **insan işlediği fiille beraber** mütalâa edilecektr (on juge l'homme dans son action). Bu gerçeği farketmek ve bu görüşün tatbikini sağlayacak vasıtaları tedarik için uzun yıllar beklenmiştir ki, bu da akla hayale sığmaz birşeydir.

a) Mamafih nihayet, hertarafta ve gittikçe artan bir şekilde, İtalyan mektebinin geçen asrın sonunda enerjik ve faydalı bir şekilde üstünde ısrar ettiği suçlunun şahsiyetiyle ilgilenilmekte ve ceza davasında bir "**şahsî dosya**"nın (dossier de la personnalité) mecburi ve muntazam olarak tertibi istenmektedir; bu dosyanın da vazifesi adaleti aydınlatmaktır. Meselâ Belçika Ceza Hukuku Birliği (Union belge de droit pénal) bu yıl Gand'ta, 1949 Nisan'da, istinaf mahkemesi savcı yardımcısı Bay Jacques Matthys'in mükemmel raporunu esas alarak meseleyi münakaşa etti. Hatta Bay Matthys "bazı ceza davalarında suçluya ait bir şahsî dosyanın tesisine müteallik" 10 maddelik bir kanun tasarısı teklif etti (**Revue de droit pénal et de criminologie**, 1949, no. 5, s. 453 ve son.). İsviçre Ceza Hukuku Cemiyeti (Société suisse de droit pénal) de uzun zamandanberi bu mesele ile meşgul olmaktadır, ve 1946 Ekim'de

konuyu münakaşa ederek teferruatlı bir formüler hazırlamıştır. Cürümle mücadelede müteallik etüdler Komisyonu Başkanı polis müdürü Bay Zbinden "Revue suisse de droit pénal"de (Der Leumundsbericht, Revue, 1947, s. 194 ve son.) bu tem üzerine gayet yerinde görüşleri ihtiva eden bir yazı yayınlamıştır.

Keza, gittikçe artan bir şekilde, aile içinde, mektep, meslek yahut mutad içtimai muhitlerde, iyi yetişmiş ve fedakâr yardımcıları, şartla salıvermede deneme devresinin kontrolüyle görevli kimseler (officier de probation), sosyal asistanlar, polisin kadın asistanları (birkaç yıldan beri Cenevre'de mevcuttur) v.s. tarafından yapılacak teferruatlı, ciddi şahsi anketlerin zaruri olduğu hususu kabul edilmektedir. Bu suretle suçlunun hayat ve fiilinin esaslı bir cephesi aydınlanmış olacaktır; içtimai dram, sebepleri ve ilâcı bu anketler içinde tam izahını bulacaktır. Genel olarak, gene gittikçe artan bir şekilde, **müşahede ve mediko-biyolojik, psikolojik yahut psikiyatrik ekspertizlerin** gerçek zaruretini kabulde ittifak edilmektedir. Bu aramaların gayesi beşerî dramı meydana çıkarmak, - insanı ve şahsiyetini, geçmişini, itiyatlarını ve muhitini tanıdıktan sonra - bu kimsenin gerçek tabiatını, davranış ve "inhirafının" sebeplerini, hastalığını iyileştirmek yahut şahsiyetini düzeltmek, meş'um inhirafı tashih etmek, ve mümkünse, cemiyete tekrar intibakını yahut cemiyetteki yerini "tekrar elde etmesini" sağlamak için kendisinin tâbi tutulacağı tedavinin mahiyetini öğrenmek ve bunları hatasız bir şekilde değerlendirebilmektir.

Aşağı yukarı her zaman olduğu gibi doktrin ve pratik, bu alanda, mevzu hukuku adamakıllı geride bırakmış bulunmaktadır. Mutad olarak kanunlar fikir ve âdetlere öncülük edip bunları yaratmamakta, tekâmüllerini, sonunda onları benimseyip hukukî müesseseler haline kâlbetmek için, takip etmektedir. Bibliyografyası bile sahifeler tutacak olan bir **doktrin**'in kaydettiği gelişmeler üzerinde lâfı uzatmak yersizdir; kaldı ki Roma Üniversitesi Cınaî Antropoloji Enstitüsü müdürü ve Milletlerarası Kriminoloji Cemiyeti Başkanı, anormallerin ve küçük suçluların yeniden terbiyesine matuf bir "Médecine pédagogique corrective" (Edizione Didactica, Roma, 1947) müellifi Bay Profesör Di Tullio, yakın bir geçmişte, 1948 Ocak'ta, Paris Üniversitesinde Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Ceza Hukuku Bölümü önünde yaptığı bir takrirde (**Revue de science criminelle et droit pénal comparé**, 1948, no. 2, s. 276 ve son.) "cınaî antropoloji etüdlerinin günümüzdeki durumu"nu ve burada bizi işgal eden meseleleri özetleyip meydana koymuştur.

Tahkikat, cezaî kaza ve suçluların içtimai hayata yeniden intibakı (réadaptation sociale) fonksiyonuna bağlı **müşahede ve mediko-psikiyatrik ve pedagojik ekspertiz servisleri**'ne gelince; bu çeşit servisler ha-

len mevcuttur ve içlerinde gayet dikkate şayan olanları vardır; Valais kantonunda, "Akıl Sağlığı İsviçre Millî Komitesi" (Comité national suisse d'hygiène mentale) ve "Milletlerarası Psikiyatri Cemiyeti" (Société internationale de psychiatrie) başkanı Dr. André Repond'un son zamanlarda tekrar izah etmek fırsatını bulduğu cesur ve nazif görüşlerine uygun olarak kurulmuş olan ve şahsen yakından tanıdığımız servislerin tamamına - "mediko-pedagojik", "adli psikiyatri" ve "sosyal psikiyatri" klinik ve müesseseleri - Malévoz-Monthey tesislerine burada hayranlığımızı ifade etmeden geçemeyeceğiz. Hiç çekinmeden diyebiliriz ki öncü Dr. Repond'un görüşleri İsviçre'de ve diğer memleketlerde (1) yavaş yavaş fakat emin bir surette yol almaktadırlar.

Uzun yıllar müsaadeye müstenit tecrübeler halinde devam ettikten sonra resmen tanınan bu teşekküllere âmme otoriteleri bugün el uzatmış ise de, henüz **mevzu hukuk** kendilerini bir kanun hükmü haline getirip genelleştirmemiştir. Maamafih kanunlar da, mutadî veçhile anormal ve çocuk suçluluğundan hareketle yavaş yavaş bu yola girmektedirler: 1942 de yürürlüğe giren 1937 İsviçre Ceza Kanunu çocuk ve reşitlere müteallik davalarda suçlunun fiilleri, şahsiyeti ve durumu konusunda mufassal **anket'i**, bedenî ve aklî vaziyeti konusunda **ekspertiz'i** yargıç için mecburî kılmıştır (mad. 83 ve 90); bilhassa kantonal muhakeme usulleri bu mecburiyetleri gayeyi müdrük bir şekilde geliştirmiş ve tasrih etmiştir; burada Cenevre'nin verdiği misali zikredebiliriz (7 Aralık 1940

(1) Bk. bilhassa: Ein praktischer Versuch in Psychohygiene ("Psychohygiene, Wissenschaft und Praxis" kolleksiyonunun V. cildi, Edition Benno Schwabe et Cie. Bâle, s. 1 ve son.) ve: Les peines et le traitement psychologique des condamnés, Actes de la Société suisse pour la réforme pénitentiaire et le patronage des détenus libérés) (Yeni seri, fas. 24, Aralık 1946, s. 39 ve son.) ve Malévoz Akıl Hastahanesi yıllık raporları (Rapports annuels de la Maison d santé de Maévoz), bilhassa ek genel sinoptik tabloyu ihtiva eden 1948 yılı raporu.

Müşterek esere candan bağlı, doktor, psikiyatr, hastabakıcı, ziyaretçi hastabakıcı, sosyal asistant ve mediko-pedagojik asistantlar gibi işinin ehli mütehasıs bir personele sahip, direktörünün kutsi imanıyla müteharrik, "belki de yryüzündeki mevcut benzerleri arasında en mükemmeli olan bu Merkez - idare, tedris, vesayet ve çiraklık otoriteleri; sinir hastaları, aklen zayıf ve sağır - dilsizler, alkolik, tedavisi gayrimümkün aklen geri kalmış kimseler ve müşkül çocuklar v.s. için kurulmuş tedavi evleri ve müesseseleri; hukukî ve sosyal kantonal servis, mahkemeler, cezaevleri ve patronaj, relevman ve plâsman müesseseleri idareleriyle irtibat halinde - ihtimamının tatbikat bulduğu kantonal faaliyet sahası içinde rastlanan psikopat, dejenere yahut mücrim her insanı, ta mektepten itibaren sistematik ve koordine bir şekilde müşahede ve takip etmekte, bu kimselerin malûliyetini meydana çıkararak teşhis koymakta, keşif ve muayene, tedavi ve kendisini kurtarmağa ve cemiyet içine tekrar yerleştirmeğe gayret etmektedir.

Çocuk Ceza Mahkemesine müteallik kanun, mad. 11 ve 13). Keza federal muhakeme usulü kanunu alınacak kazaî tedbirleri tanzim gayesiyle sanığın sağır-dilsiz yahut muhtemelen sar'alı olması hallerinde, ve genel olaraksorgu yahut karar yargıcının sanığı nsorumluluğu üzerinde şüpheyeye düştükleri her halde (mad. 13) **eksperlere** müracaatı empoze etmektedir. Eksperler sanığı muayene edip durumu hakkında yargıca rapor vermek ve kendisinin bir hastahane yahut benzeri bir müesseseye yerleştirilmesi, ve âmme emniyeti ve nizamı bakımından arzettiği tehlikeye binaen enterne edilmesi lâzım gelip gelmediği hususunda fikrini bildirmekle görevlidir. Cezai müeyyidenin karar altına alınmasını tanzim eden genel kısmın ana hükmü mucibince yargıcın cezayı "sanığın cezaî ehliyetine göre, suç saiklerini, bu sanığın geçmişini ve şahsî durumunu da hesaba katarak" (mad. 63) tesbit etmek mecburiyetinde olmasına binaen, bu zaruret, bu mecburiyet normal ve büyük suçlular konusunda da gözönünde tutulup kabul edilmiş demektir. Bu hükmün de neticesi yargıcın, ihtiyaç anında, bu konudaki malûmatları anket yahut ekspertizlerle temin edeceğidir; ve hapse mahkûm edildikten sonra, tedavi ve cemiyet hayatına tekrar intibakı için iş esasına müstenit bir terbiye müessesesine gönderilecek olan (mad. 43, numara 1), tedavisi ancak bu yoldan mümkün görülen suçlu konusunda kanun vazı sarıh ve emperatif şöyle bir hüküm vazediyor: "Yargıç sanığın bedenî ve aklı durumunu, çalışmaya olan istidadını peşinen tetkik ettirecek ve yetişme tarzı ve geçmişi üzerine şüpheden âri, kesin malûmat toplıyacaktır". Bunlar sarıh kaideler, müktesep prensiplerdir; bundan sonra yapılması lâzım gelen tek iş bu prensipleri esprilerine uygun olarak geliştirmektir. Bu kaide ve prensiplerin, nev'ileri ne olursa olsun, her çeşit suçlu konusunda, ve bilhassa yargıcın "sapık yahut tehlikeli" (mad. 117) bir şahısla mı, yoksa "cürme, yolsuz harekete yahut tembelliğe temayül gösteren" ve adi ceza ile ıslahı imkânsız görünen (mad. 42) bir "itiyadî" suçlu ile mi karşı karşıya bulunduğunu tesbit için kullanılması lâzımdır.

b) Kanaatımızca, söz konusu ettiğimiz bütün bu operasyonlar - ki mahiyetleri itibariyle nihai kararı hazırlayan "bilgi toplama" (information) yahut tahkikat (instruction) muameleleridir - normal olarak davanın bu ilk safhasında yer alacaklar, ve tahkikatla görevli yargıçlar tarafından yapılacaktır. Yargıç bu görevin icrasında, aydınlanması için ihtiyaç hissettiği eksper ve yardımcılarla iş birliği edecektir. Bu muamelelerin ifası sureti kat'iyede "yargılama" safhasına ait bir husus değildir; zira yargılama safhası bir anket, müşahede, hadise ve ispat vasıtalarının tespiti yahut "son tahkikat" safhası olmayacaktır. Bu sadece ilk araştırma faaliyetlerinin - ki bunlar bu safhaya gelinceye kadar sona

ermiş olacaktır - meyvasına müsteniden yapılacak derin bir tetkik ve olgunlaşmış karar safhasıdır. Bizim anladığımız manadaki ceza davasının bizzat temeli ve mükemmel her hükmün "sine qua non" şartı olduğuna göre, bütün alanlarda yapılacak bu derin hazırlığı gayet tabii olarak hiçbirşeyin hudutlamaması lâzımdır. Halbuki günümüzde durum çoğu hallerde bunun aksidir.

Üstelik, sistematikman mütecaviz karakterini, sadece "aleyhe" yöneltilen tahkikat vasfını kaybetmiş, ve yukarıda izah edildiği gibi tadile uğrayıp yenilinmiş bir muhakeme usulü içinde tahkikat ve yargılama fonksiyonlarını muhakkak birbirinden ayırıp ayrı ayrı yargıçlara tevdi etmek için hiçbir sebep görmüyoruz. Bilâkis durum tamamen bunun aksi olmalıdır! Birçok usul kanunlarında olduğu gibi, tahkikat ve karar görevlerinin birtek yargıçla toplanması garipsenmekte hatta bu durumdan şoke olunmaktadır. Bu durum bizzat kendi ithamının tahkikatını yapan savcının haline benzetilmekte ve bu sıfatla itiraza uğramaktadır. Halbuki bundan tabii ne olabilir? Tahkikatını mükemmelen yapan yargıç bu tarz hareketiyle - sadece kovuşturma ve taleple görevli savcı gibi - hakiki rolünden çıkmıyacak, bilakis bu suretle vazifesini muvaffakiyetli bir şekilde bitirmiş olacaktır. Davayı, hadiseleri, sebeplerini ve neticelerini, suçluyu, ıslah şanslarını ve mükerrirlik ihtimallerini kendisinden daha iyi kim tanıyıp bilebilir, ve - meslekî bakımdan kalifiye, ahlâkî bakımdan dürüst ve siyasî bakımdan bağımsız olmak şartıyla, ki bu muhakkaktır - münasip cezaî tedaviyi tatbik ve neticelerini takip ve kontrol için bizzat gördüğü, sorguya çektiği, tetkik edip sondajlarda bulunduğu kimseyi mükemmel bir şekilde yargılayabilmek için kim kendisinden daha ziyade yeterlidir? Ve eğer, uzun müddet müşahede altında tutma yahut hapis gibi neticeleri sanık ve sanığın yakınları için ağır olacak mühim bir tedbir önünde tereddüde düşülmesi halinde, kararın, tahkikatla görevlendirilen delege yargıcın raporu üzerine, münakaşadan sonra ve tahkikatın açık bir şekilde ortaya koyduğu durumun heyeti umumiyesini göz önünde tutarak, bizzat yargılamayı yapacak mahkeme tarafından alınması ve bu mahkemenin bütün sorumluluğu böylece yüklenmesinde bariz bir avantaj ve ciddi bir teminat yok mudur? Mahkeme bu konuda tarafları dinledikten ve kendilerine iddialarını tevsik fırsatını verdikten sonra icap ederse kabili istinaf bir karar yahut ihzarî bir hüküm veya bir "karine kararı" (interlocutoire) verecektir. Bu söylediklerimiz medenî hukuk sahasında kolayca ve iyi bir şekilde, tenkide uğramadan yahut hissedilir mahzur arzotmeden tatbik edilegelmektedir; ve hatta bu temayül gittikçe genelleşmekte, en iyi ve en âdil hal çaresi olarak kabul edilmektedir. Çocuk suçluluğu sahasında Cenevre Mahke-

mesinin verdiği misal bize burada da dikkat ve taklide şayan görünmektedir.

3. Karar ve yargılama safhasında da daha bir sürü değişiklik yapmak icabetmektedir. Mahkeme teşkilâtında da, mahkeme önünde takip edilecek usûl ve verilecek kararda da herşeyin yeni baştan ele alınması lâzımdır.

a) Herşeyden evvel şu hususu belirtmek lâzımdır ki, tepeden tırnağa yenilenip yeni gayelere yönelmiş bir hukuk içinde bundan böyle ortaya çıkacak ceza problemi, dürüst akliselimi ve hüsnüniyeti ne olursa olsun, "lâik" in, "vasat vatandaşın" mutlak surette yetkisi dışında kalmaktadır (1). Ferri'ler, Garofalo'lar, Tarde'lar da bu hususu büyük bir ustalık, zengin deliller ve ikna kuvvetiyle belirttiler; bu sebepten aynı konu üzerinde şahsen ısrarı lüzumsuz buluyoruz. Bugünün ceza problemi, yukarıda da gösterdiğimiz veçhile, lâzım geldiği gibi "ihtisaslaş-

(1) Bu ihtilâflı problemi yeniden ele alıp nihai ve tam bir şekilde tetkik etmek istiyen İsviçre Hukukçular Cemiyeti genel kurulunda (aynı meseleyi 1863, 1881, 1889 ve 1931 yıllarında da federal usul kanununda yapılacak reformlar münasebetiyle de kısmen tetkik etmiştir), 1938 Eylül ayında yapılan bir münakaşa esnasında 200 sayfayı geçen bir etüd içinde jüri meselesini, yetkisizliğini, ve mütehassıs ve muktedir ceza yargıçlarından müteşekkil bir mahkeme lehine bu müessesenin lâğv edilmesi lâzım geldiği zaruretini, bir daha bu konu üzerine dönmekten bizi alıkoyacak bir şekilde tetkik ettik. Ovakit de beyan ettiğimiz veçhile, mühim olan cihet "evvelemerde mücrim için değil, fakat adalet için kurulmuş bir kaza" aramaktır, ve "cemiyet de en aşağı mücriminkilere eşit haklara sahiptir." Aynı vesile ile büyük batoniye Braffort'un da kanaatini hatırlatmıştık; Braffort'a göre "bu fonksiyonun demokratik karakterini bu fonksiyonu yürütecek olanların yetersizliğiyle elde etmek cidden teessüfü muciptir". Ve vardığımız netice de şu idi: "adalette teşeyyü" (Saldana'nın ifadesiyle) ve "adaletsiz adalet saltanatına" son vermek için yapılması lâzım gelen yegâne şey vazifelerini gerektiği gibi yürütebilecek kalifiye, iyi yargıçlara sahip olmaktır; istediğimiz "gerçek yargıçların yürüttüğü gerçek bir adalettir". Bk. "Le jury et les tribunaux d'échevins en Suisse" üzerine raporumuz, ve Zürih Üniversitesi profesörlerinden Bay Pfenninger'in cevabı ve Genel Kuruldaki münakaşalar, *Actes de la Société suisse des juristes* ve *Revue de droit suisse* mecmualarında (Editions Helbing et. Lichtenhahn, Bâle, 1938, Graven, s. 1 ilâ 213; Pfenninger, s. 698 ilâ 747; Münakaşa, s. 817 ilâ 873). Herne kadar çoğunluk jüri aleyhine teşekkül etti ise de, kurul, ceza muhakemeleri usulü alanında kantonal imtiyaz ve hükümranlığı (bu husus federal Anayasasının 64. maddesi tarafından teminat altına alınmıştır), ve jürinin daha birkaç kantonda müstefit olduğu hissi ve politik bağlılığı nazarı itibara almış olmak için, kendisine takdim ettiğimiz netice ve hal çareleri üzerinde rey izhar etmeyi münasip görmedi. Zaten jüri müessesesi İsviçre'de, Tessin, Bern, Neuchâtel kantonlarında olduğu ve 25 Kasım 1941 Fransız kanununun da bir sürü münakaşa ve mukavemetten sonra yaptığı gibi, gitgide "échevinage" yahut "assessorat" haline inkilâp etmektedir.



mış ve gerçek vazifesine münhasır kılınmış", malûmatlı, kriminalistler nezdinde uzun ve gerçek bir "çıraklık devresi" geçirmiş, kriminoloji tahsili ve cinaî "klinik" yapmış, kendisine verilen kompleks vazifeyi çözmeye gerçekten muktedir bir yargıçlar heyetine ihtiyaç gösterdiğinden jüri müessesesi ile uzlaşamayacaktır. Masum bir hayranlıkla muhakeme usullerimize ithal edildiği sırada jüri müessesesinin bu kanunlar içinde sahip olduğu prestiji yapan şey "ferdî idrakin, aklı selimin, içgüdünün yanılmazlığına olan optimist inanç" idi. Halbuki bu inanç, bu hurafe ceza probleminde kendini göstermiye başlayan yeni güçlük ve zaruretler önünde çöküp, yıkılmıştır. Bu yeni güçlük ve zaruretler önünde, Tarde'in da dediği gibi "gerçeğin, aydınlanmamış ve muhakeme etmiyen vicdan tarafından farazi keşfi" kudretsiz ve tamamen kifayetsizdir. Artık bugün önemli olan cihet "doğruyu söylemek", diğer bir deyimle yalnızca maddî hadiselerle istinat ederek gerekçesiz ve izahsız bir suçluluk yahut masumiyet "kararı" vermek değildir. Oysa ki bidayette jüri sadece böyle bir karar vermek için ihdas edilmişti; bu da basit ve kolay, yani ilmî hiçbir mahiyet arzetmiyen bir ödevdi. Jüriden de beklenecek şey ancak bu olabilirdi. Halbuki günümüzde durum tamamen başkadır! Kriminoloji ilmi ve bu ilmin muhtelif kolları ceza yargıcının gözleri önünde, tabir caizse, başdöndürücü bir şekilde açılmaktadır. En kalifiye pratisyen ve müellifler, bu ilmi en iyi tanıyan kimseler bu disiplinlerin hudutlarını çizmek için, bu ilimler konusundaki her türlü şüpheyi izale etmek için hâlâ muazzam gayretler sarfetmektedirler. İşte ceza yargıcı baştanbaya vukuf ve incelik olan ödevinin emrettiği kararı alabilmek için bu dalların anlaşılmaz dilini çözecektir. "Jürinin musahhah ve antidot"u "eksper" - genel anlamında - onun "gelişmekte olan halefi olacaktır". "Ceza felsefesi"nin bu konudaki parlak formül ve izahları herkesin malûmu olduğu için bu faslı tekrardan vazgeçebiliriz (Yargılama, s. 450 ve son.). "Bilgin olduğunu kabul eden bir asrın, gayet bol olan suçlularını da bilgince yargılaması lâzımdır... İlim, hükümran olsa bile sonunda cehalete galebe çalacaktır."

b) Vazifesini evvelâ idrake, sonra da hâkim olup çözmeye muktedir bu kaza önünde, mezkûr vazifenin "realist bir şekilde" ele alınıp bitirilmesi lâzım gelmektedir. Sözlerimizin başında da söylediğimiz gibi yeni usul hukuku içinde duruşma da (yargılama safhası) tamamen mahiyet değiştirecektir. Hadiseleri baside irca eden "suç-ceza" tezadı gibi, kısır ve yanlış "itham-savunma" tezadını da ilga etmek lâzımdır. Bu görüş, Fransa'nın savcılık müessesesini icadından beri - müessese, Montesquieu'nün de haklı olarak teslim ettiği gibi, haddizatında mükemmeldir - asırlar boyunca tarafları "düelloocular" yahut Homer'in muharipleri gibi

birbirinin karşısına dikmiştir. Gene bu telâkki neticesindedir ki taraflar mevhum bir hat yahut "barre"ın iki tarafında yer alıp, düşman iki "ordugâh" misali, birbirini şiddetle sorguya çekip tehdit etmektedirler. Prensibin bu şekilde vaz'ı bütün davayı berbat etmekte, yanlış yollara götürmektedir; müteaddit defalar tekrar ettiğimiz gibi ceza davası suçluya karşı açılmış olan bir mücadele değildir. Bu dava, gerçek için, suçluya tatbiki lâzım gelen tretmanın menfaatine girişilmiş bir mücadele olacaktır. Ceza davasını devlet otoritesinin tavassutuyla yapılan "bir hesap görme" yahut Tarde'in dediği gibi "bu zararlar mübadelesinin" çözümü haline sokan eski fiksiyona da son vermek lâzımdır. Taraflar, yani bir taraftan zarara uğradığı iddiasında bulunan cemiyetin temsilcisi savcı ile bu savcının mukabil bir zarara uğratmak istediği sanık mezkûr problem üzerinde tartışıp, savunmakta ve birbirlerini tehdit etmektedirler.

Şekli ve maddi ceza hukukunun "pozitif" reformuna öncülük edenler bu reformun istikametini görmüş ve belirtmişlerdi: "Günümüz itham ve savunma sistemi iptidai ve barbardır. Hadiseler tespit edildikten sonra yargıç mücrimin sapıklık derecesi, tabiatı, arzettiği tehlike üzerinde bir teşhiste bulunacaktır. Böyle bir teşhis için itham ve savunmanın ne gibi bir faydası olacaktır? Yapılacak şey sadece bizzat mücrimin ve geçmişinin etraflı tetkikidir. Bahis konusu olan şey sadece sabır ve ihtimamla yapılacak ve teferruatları ihmal etmiyecek bir ankettir. Bütün komisyonlarda olduğu gibi, azalardan biri raportör vazifesini görecektir fakat bunun yanında komisyonun diğer azaları da sanığı inceleyeceklerdir." İşte Lombroso "Application de l'antropologie criminelle" adlı eserinde Garofalo'nun ana fikirlerini bu cümlelerle özetliyordu; son celsenin aşağı yukarı bu şekilde, dokümanları veya mikroskopları üzerine eğilmiş bir "komisyon" çalışması halinde cereyan etmesi lâzım gelmektedir, yoksa asabi ve faydasız "duruşmalar" kisvesi altında değil (1). Mademki memleketimizde "Thémis mabedinin" eski hayali vaktini doldurmuş birşey olarak gülünç bulunmaktadır, o halde "mahkeme"de, gazete adlı sütunlarının çoğu zaman yaptığı gibi, bir temsil salonuna, yahut herkesin öfkeyle bağırıp çağıracağı bir umumî meydana değil, bir "araştırma lâboratuvarına" veya "cezaî terapötik" kliniğe benzemelidir. Burada sükûnetin, tarafsızlığın, yetkinin ve sorumluluk hissini hâkim olması; havanın vakur, sakin, hayırhah ve gösterişsiz olması lâzımdır;

(1) Burada anglo-sakson adli sistemi ve İngiliz ağırceza mahkemelerini konu etmiyoruz. Sir Maurice Sheldon Amos'un "İngiliz Adaleti" adlı küçük kitabında da (Paris, Editions politiques, economiques et sociales, 1947, Procès: criminel, s. 30 ve son.) gösterdiği gibi vekar ve saygı dolu bu mahkemelerden daha iyi bir şekilde ilham almalıydık.

böyle bir davada günümüzdeki anlamıyla ne "ithamnameye" ne de "iddianameye" ihtiyaç vardır; keza aynı şekilde "savunma" ve "müdafaamenin" de burada oynayacak hiçbir rolü yoktur. Bu "savunma" ve "müdafanameler" ortada bulunan önleme, tedavi, ıslah ve himayeye müteallik gerçek hukukî ve sosyal problemi bertaraf yahut ihmal ederek, sürpriz yaratacak bir beraat kararının imkânsızlığı halinde, gayrızahı hafifletici sebepler veya mecburi bir tecil koparmağa yönelmiş bulunmaktadır.

Tarafların duyurduğu sesin, müşahede ve itirazlarının, teklif ve taleplerinin faydalı ve hatta zaruri olduğu aşikârdır; ve karar verip hükmedecek bir hakem durumunda olan yargıç bunları dinlemek mecburiyetindedir. Amme "temsilcisi", sanık "müşaviri" - "âmme ithamcısı" ve "müdafi" tabirlerini yersiz bulduğumuz nisbette, gayet asil ve doğru, ölçülü olan bu tâbirleri de okadar beğeniyoruz - ve bizzat sanık, yargıcın fayda mülâhaza ettiği her halde, hadiseler ve delillerine, sanığın şahsiyet, karakter ve cezaî ehliyetine, hukuka ve bu hukukun hususî durumuna yapılacak tatbikine, müeyyideye yahut alınacak tedbire, bunların kalite ve müddetine, nihayet hakikaten faydalı bir müsamaha yahut beraat sebebinin meşruluğuna temas eden bütün noktalar üzerinde düşündüklerini söyleyeceklerdir. Bir kelime ile taraflar, önüne delillerini serdikleri mahkemeye tevdi edilen **mahsus ödev** üzerine düşündüklerini "objektif bir şekilde" beyan edeceklerdir; ve delillerini arzederek, yargıca araştırma ve teşhisinde faydalı olacak bir şekilde davranacaklardır, yoksa onu vazifesinde güçlüğü uğratacak yahut araştırma ve teşhisini yanlış yola sevkedecek tarzda değil. Yargıcın yardımcılığı olma doğru ve imanla gayret ettikleri takdirde savcının ve avukatın fayda ve otoritesi de artacaktır: Karara iştirak eden üç eleman beraberce ve gayretlerini aynı noktaya tevcih ederek en doğru ve en iyi hal çaresini, yani hukuk, bu hukuku ihlâl eden kimse ve bu ihlâlden müteessir olan cemiyet için en faydalı olacak çözümü bulacaktır.

c) Böylece bütün meseleleri gözden geçirdikten ve dava da gerçekten "yargılanabilir" bir hale geldikten sonra, dosya muhteviyatına vakıf yargıç tahkikatın ve hazırlık safhasının kapandığını ilân edecek ve kararını alacaktır. Bu karar herkesi yormuş ve bezdirmiş, geç vakte kadar devam eden bir duruşmanın ateşi ve şamatası içinde değil, fakat yeter miktarda teemmülden sonra, gayet iyi bir şekilde adlandırılmış olan "iş-tişare odasının" (Chambre du conseil) sükûnu içinde alınacaktır. Bu karar sosyal ve moral bir "mahkûmiyetin" intikamcı ve terhibî karakterinden ziyade istikbale muzaf basiretli bir "ordonnance", kâmil bir "hüküm" karakterini taşıyacaktır. Mükemmel bir surette yaptığı tahkikat-

tan, ve suç ve failine müteallik şahsî ve fiilî şartları gayri kabili müna-kaşa ve cerhi imkânsız bir şekilde kat'i olarak tetkik ve tespit ettikten sonra sanığın hiçbir tehlike arzemediğini, ve gerek sanık gerekse ailesi menfaatlarına fevkalâde zararlı olabilecek olan bu lekeyi sürmeden de ıslahın teminat altına alınabileceğini görerek formel bir mahkûmiyetin faydasızlığına kanaat getirdiği takdirde yargıcı bu sanığı muhakkak "mahkûm etmiye" zorlamak için hiçbir sebep yoktur: Biz yalnız mahkûmiyetin yani cezanın (İsviçre kanununun 41. maddesindeki anlamında) **infazını** tecile değil, fakat aynı zamanda, isabetle tespit edilmiş muayyen bazı hallerde, bizzat **mahkûmiyetin** de teciline taraftarız, ve bunun zaruretine inanıyoruz. Hatta muvaffakiyetle geçirildiği ve ıslahı gösterdiği takdirde herşeyi silecek olan tecrübe devresinde de sanığın nezaret altında kalmak şartıyla serbest bırakılmasını sağlayacak bir kararın faydasına inanıyoruz. Eğer sanığın herhangi bir şekilde serbest bırakılması mümkün değilse, yargıç kendisini "mahkûm etmek" mecburiyetinde ise, bu mahkûmiyet mukabeleibilmisil karakterini haiz ve zillet fikriyle yekvücut bir "ceza"ya değil, fakat daima kurtarıcı bir tedbire olmalıdır. Fransız Ceza Kanununun (mad. 7) "terhibî ve terzilî cezalar" arkaik mirası bu kanunun en vahim ve meş'um hatalarından biridir; kürek cezasına müteallik 15. maddesi, bugün bile, ikişer ikişer zincire vurulmuş, Toulon ve Brest limanlarında güllelerini sürükliyen mahkûmları hatırlatmaktadır ki, bundan da hicap duymak lâzımdır. Siyasî ve medeni haklardan iskat yahut bu hakların ziyayı muayyen ağırlıktaki mahkûmiyetlere otomatik olarak bağlanmaktadır; bunların muayyen bazı davalarda, ki bu hallerde tatbiki faydalı tedbirler mahiyetini iktisap edeceklerdir, sarih bir hükümlerle verilecek müstakil cezalar haline getirilmeleri lâzımdır.

Kazaî her kararın, hatta bir duruşmayı talik eden kararın bile bir gerekçeyi ihtiva etmesi lâzım geldiğini ilâveye bilmem ihtiyaç var mıdır? Bilhassa nihai kararlarda, bu kararın mahiyeti ne olursa olsun, ister tecil yahut beraati ihtiva etsin, ister ceza yerine geçecek bir tedbiri yani tıbbî bir gaye ile hastahaneye yatırma yahut toplumu himaye gayesiyle bir müesseseye kapatmayı hüküm altına alsın, böyle bir gerekçe muhakkak şarttır. Gerekçeden kastımız, kararın ciddi, sarih bir esbabı mucibeyi ihtiva etmesidir; yoksa yalnızca kanun maddelerini yahut bu maddelerin metnini iktibas veya kopye eden, yahut hiçbir hususî anlamı olmıyan ve ne yargıcın kararını ne de bu kararın mucip sebeplerini hiçbir surette aydınlatmıyan, beylik ve sabit klişeler haline gelmiş muayyen formüller - "iddia sabit olduğundan naşi" veya buna benzer birşey - değil. Ne gibi sebeplere binaen alındığını göstermiyen kararın, vazih, sağlam ve kat'i sebeplere dayanmadığından her zaman şüphe edilebilece-

ği haklı olarak belirtilmiştir; kararlarda keyfîlik gerekçe yokluğundan neş'et etmiyorsa, gerekçe yokluğu doğrudan doğruya keyfiliğe götürecektir. Eski Fransız rejimi, bütün tahakkümüne rağmen, 8 Mayıs 1788 tarihinde parlâmentoda kabul edilen ve "son nefesini vermekte olan monarşinin son lûtfu" olarak adlandırılan meşhur fermanla bütün ceza hükümlerinin bundan böyle gerekçeli olacağı mecburiyetini koymuştu. Bu meselenin hâlâ tartışma konusu olmasını ve hatta, zaman zaman, münakaşa edilmek üzere yeniden ortaya çıkmasını bir türlü anlayamıyoruz. Filhakika 1947 yılında Cenevre'de toplanan V. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde Belçika heyetinin değerli başkanı, istinaf avukatı ve Ceza Hukuku Belçika Birliği ikinci başkanı Bay Simon Sasserath aynı probleme bir defa daha temas etmek zorunda kaldı, ve usul hukukunda yapılacak reformlar arasında bu reformun da etüdünü teklif ederek müteakip kongrenin dikkatini bu nokta üzerine çekti (cf. Kongre zabıtları özeti, **Revue internationale de droit pénal**, Paris 1947, özel sayı, genel münakaşa, s. 21); Bay yargıç Versele de aynı konuyu "Esquisse d'une procédure pénale" adlı yazısında tekrar ele aldı (**Revue de droit pénal et de criminologie**, 1948, no. 5, adı geçen yazı, s. 450). Emperatif bir metnin, bugüne kadar, meselâ 15 Haziran 1934 tarihli İsviçre Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Federal Ağırceza Mahkemesi kararları konusunda teferruatlı bir şekilde yaptığı gibi (mad. 178 ve 179), her yargıca kararlarını sarih olarak "gerekçelemek" mecburiyetini yüklememiş olmasını; ve günümüzde vatandaşların mukadderatı üzerinde karar verecek olan bir âmme otoritesinin bu vatandaşları sadece mutlakiyetin "quoniam ego nominor leo", "keyfî irademiz budur" veya "kararım budur" gibi beylik formüllerinden biriyle hükmederek hapis haneye, tecrit evine yahut bir akıl hastahanesine gönderebilmesini; keza aynı şekilde üzerlerine çöken kontrol edilmiş ağır delil ve ithamlara rağmen bu vatandaşları beraat ettirebilmesini bir türlü anlayamıyoruz.

Yargıç herkes gibi, ve hatta herkesten daha ziyade, mühim neticeler doğurabilecek kararlarının **sıhhatini ispat etmekle** vazifelidir; oysa ki bu kararlar hiçbirşeyin kıramıyacağı "kaziyei muhkeme" otoritesinden ve kendisine yöneltilecek her tenkidin muvaffakiyetsizlikle neticeleneceği "gerçeklik farziyesinden" müstefit olmaktadır. Niçin mahkûm ettiğini yahut beraat ettirdiğini, neden şuna değil de falan tedbire yahut filân cezaya hükmettiğini yargıç söylemekle mükelleftir. Və, sabit yahut nisbeten sabit cezalarla bağlı olmadığı - ki bu takdirde bu cezalara atıflar yapmak belki kâfi gelebilirdi - (meselâ Fransız Ceza Kanununun 302, 304 veya 381. maddelerinde olduğu gibi), fakat bilâkis, müteaddit ve her şekle sokulabilir kanun maddeleri arasında, meselâ bilhassa İsviçre hukukunda olduğu gibi cezalar, emniyet tedbirleri ve diğer tedbir-

ler (mad. 32 ve son., 42 ve son., 57 ve son.) arasında seçim yapacağı, mahiyet itibariyle mütenevvi (ağırhapis, hapis yahut para cezası) ve maksimum ile minimum arasında oynayıp nisbeten gayrimuayyen (hususî kısmın aşağı yukarı bütün maddelerinde durum böyledir) cezalar arasında karar kılacağı, bazan kanunî azami hadle ne de sarih bir kanun maddesiyle bağlı olmadan (mad. 48/1 ve 50 fık. 2) para cezasıyla hürriyeti tahdit edici cezayı imtizac ettireceği bir hukuk içinde - böyle bir hareket ve takdir serbestisi ve bu derece kompleks ihtimaller içinde - yargıç kendini izah etmekle de vazifelidir. Fazla olarak, bu hadise ile ilgilenecek mahkûmun, üçüncü şahısların, hapishane otoriteleri ve idarî makamların, mutat kanun yollarından biriyle (istinaf, temyiz, iadei muhakeme) kararın önlerine götürülebileceği kazaî otoritelerin yargıcın meramını öğrenip kontrol edebilmeleri, onun hangi niyet ve gaye ile bu manada karar kıldığını bilmeleri isteniyorsa bu vazife gerçek bir zaruret haline gelecektir. Bay profesör Donnedieu de Vabres'in tabiriyle "bugünün adaleti" ne sihirli bir kuvvete sahiptir ne de sımsıkı kapanmış bir ilimdir; aynı mülâhaza "yarının adaleti" için de varittir. Adı geçen profesör aynı başlığı taşıyan küçük kitabında (Paris, Collin, 1947) günümüz adaletini büyük bir vuzuhla özetlemekte ve yarının adaletine de maalesef temkinli birkaç anten uzatmaktadır. Bu adalet yalnız tevzi edilmekle kalmamakta, aynı zamanda kendini açık bir şekilde herkese göstermektedir. Ve bu adalet görevini yürütecek olan yargıç reçetelerini, Molière'in doktoru gibi, cevherini ihtiyatlı bir şekilde saklıyarak sun'i ve haşmetli otoritesini sağlamak gayesiyle, kısaltmalar yahut itibarî veya teknik yahut Lâtince birkaç kelime ile yazmıyacaktır.

d) Rasyonel olarak organize edilmiş ve yalnızca en iyi kararın alınması gayesine müteveccih bir usul hukuku içinde, yargıç kararının, aynı gerekçe konusunda olduğu gibi, hiyerarşik üst bir kazaî kontrolden kurtulabileceğini de kabul etmiyoruz. Üst mahkemenin zarureten daha iyi ve daha emin olmayabileceği ve ilk karardan daha doğru bir kararı zarureten vermiyebileceği gibi nispeten kolay bir paradoks kullanılarak bu kontrolün ve arzettiği teminatın kıymetine bazan itiraz edilmektedir; hükmün kalitesinin yargıçların kalitesine bağlı olduğu, yoksa bu yargıçların sayısı yahut mahkemenin derecesi ile ilgili olmadığı; bu tarzda hareketle her yere iyi yargıçlar tayin ederek hiçbir zarara maruz kalmadan - sadelik, çabukluk ve masraflarda yapılacak tasarrufun temin ettiği faydalarla birlikte - "çift dereceli" kazanın lâğvedilebileceği söylenmektedir. Bu muhakeme tarzının doğruluğuna ve bu manada bir basitleşmenin faydalı olacağına inanmıyoruz; bilhassa hukuk gittikçe güçleşmekte ve yargıçların, hususiyle yüksek mahkeme yargıçlarının, seçimi daha ağır

meslekî şartlara tâbi kılınmakta ve bu seçim daha titiz bir karakter almaktadır.

Çift bir tetkikin, muayyen bazı hallerde, faydalı, zarurî, gayri kabili içtinap olduğunu ve kazaî hiyerarşi içinde yükselerek yapılacak yeni bir tetkikin inkâr ve ihmal edilemeyecek garantiler ve avantajlar sağladığını kabul ettirmek için akli selim tecrübe ile ittifak etmektedir. Bu müesseselerin maruz kalabileceği ve burada teferruatına giremeyeceğimiz bazı usul ve bünye reformları mahfuz kalmak şartıyla, işleyişlerini yakından takip etmiş olmaklığımız hasebiyle, istinafın faydalı, ve eğer kanun mühim herhangi bir noktada gerçekten kötü tatbik edilmiş görünüyorsa, dosya heyeti umumiyesinin yeniden tetkikinden sonra, ilk hükmün ıslah yahut tadilinin alelade davalarda çoğu zaman zarurî olduğuna; kanunun sarih maddî yahut şeklî hükümlerinin ihmal yahut ihlâl halinde temyizın gayri kabili içtinap olduğuna, ve böylece kanunu ihlâl ederek verilen kararın, cevheri itibariyle fasit ve keenlemyekûn olmasına binaen, yeniden verilmesi için iptali lâzım geldiğine; karar kaziyei muhkeme haline inkilâp ettikten sonra yeni ve istisnai durumların meydana çıkmasıyla bu kararın maddî bazlarının hata ile malûl olduğu ve bizzat kararın hatalı olup istinatgâhlarıyla beraber düştüğü tespit edildiği takdirde iadei muhakemededen vazgeçmenin gayri mümkün olduğuna inanıyoruz. Ceza hukukunda ve bu hukukun ceza politikasına müteallik vasıtasız gayelerinde vuku bulacak değişiklikler ne olursa olsun bu prensipler daima bâki kalacaktır.

4. Herşeyde olduğu gibi, “adlî dram”ın da, yargıç tarafından alınan kararın da bir “épilogue”u, son merhalesi vardır. Yargıç tarafından alınan kararın usul hukukunun vazifesini **sona erdirmesi**, bu hukukun bu tarzda tanzimî akli selime aykırıdır; bu karar antisosyal fiilin faili suçluya tatbik edilecek olan tretmanın yalnızca bir safhasını - tamamen usulî ve adlî safhayı - sona erdirmektir. Uzun ve âlim çalışmalarından sonra koyduğu teşhis ve tespit ettiği en uygun tedavi şekli üzerine tavsiye ettiği tretmanın infaz ve neticeleriyle ilgilenmeksizin müşterisini kayıtsız şartsız eczacıya, masöre yahut hastahane müdürüne terkeden, ve kararın, hastanın ve hastalığın müteakip kontrolünü ihmal eden doktor hakkında ne düşünülür? Doğruyu söylemek lâzım gelirse burada artık yeni bir safha, en az kendinden evvelki kadar önem arzeden post-pénale (ceza-sonrası) safha başlamaktadır; zira hayır veya şer, muvaffakiyet yahut muvaffakiyetsizlik nihaî olarak bu safhanın mahsulüdür, ve bu safhanın nezaret ve sorumluluğu da teşhis ve karar sahibine aittir. Yargıcın cezanın infaziyle ilgilenmesini ve bu infaza iştirakini sağlamağa, “sorgu yargıcı”, “tahkikat safhası yargıcı”, “karar yargıcı” ve “iti-

raz yargıcı” fonksiyonları yanında bir de infazı “nezaret yargıcı” fonksiyonunu mantikî ve makul bir şekilde geliştirmeye matuf hareket artık bugün gerçek olmak üzeredir. Daha 1911 yılından itibaren Fransa’da Hapishaneler Genel Cemiyeti (Société générale des prisons), temyiz üyesi Bay Barrigue de Montvallon’un bir raporu üzerine “cezaların infazında yargıcın rolü” konusunu münakaşaya koymuştu (Revue pénitentiaire, Paris 1932, s. 169 ve son.). Berlin milletlerarası hapishanecilik Kongresi de, 1935 yılında, emniyet tedbirleri ve cezaların tatbikinde kazaî otoritenin müdahalesini inceledi (cf. **Revue internationale de droit pénal**, Paris 1946, s. 43 ve son.), ve bu müdahalenin mahiyeti 1937 yılında Paris’te Bay profesör ve dekan Magnol’un genel raporu üzerine IV. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde bir defa daha tetkik edilip, belirtildi (Bk. **Revue internationale de droit pénal**, 1937, s. 541 ve son.). Mevzu hukuk da, meselâ Çekoslovak projesinin “hapishane mahkemesi” (§§ 56 ve son.) yahut yeni Fransız Ceza Muhakemeleri usul kanunu projesindeki “infaz yargıcı” konusunda olduğu gibi, bu fikirleri tatbik etmeye başladı. Hatta Fransız projesi bazı yabancı infaz kanunlarından mülhem olarak III. kısmını “kazaî kararın neticeleri”ne tahsis etmiştir. Söz konusu edilen “infaz kanunları”, normal olarak, suçlar ve müeyyideler “ceza kanunu” ile kovuşturma ve yargılama usulünü tanzim eden “muhakeme usulü kanunu”nun devamını teşkil etmektedir.

Şu halde burada da herşeyin yalnız infazın genel “nezareti” anlamı içinde değil, fakat vaktinden evvel salıverme gibi tedbirler konusunda geniş bir direksiyon, müdahale yetkisi, ve kararın yahut bidayeten alınan tedbirlerin gerçek zaruretlere göre tadili anlamında olmak üzere yeniden ele alınması lâzım gelmektedir. Kararın hatalı, yetersiz yahut mübalâğalı olduğu, tedbir yahut müeyyidenin kötü seçildiği veya hudutlarının kötü tayin edildiği, tesirsiz hatta zararlı olduğu, yahut aksine olarak, iyi tesirini kısa bir zamanda göstermesi neticesinde suçlunun ıslahı nefis ettiği yahut iyileştiği ve artık böyle bir tretmana ihtiyacı kalmadığı meydana çıktığı takdirde, bu karar yahut tedbirin kat’iyyen değişemeyeceği, sert bir kanunun hareketsiz metni tarafından gösterilip değişmez ve kat’i “kaziyei muhkeme” kuvvetini alan bir kazaî kararın peşinen tespit edilen müddetin sonuna kadar sert bir şekilde tatbik edilmesi lâzım geldiği nasıl müdafaa edilebilir, bu tarzı hareket nasıl olur da meşru ve münasip görülebilir? İsviçre Ceza Kanunu küçükler ceza hukukunda bunu kabul etmiyor (mad. 86 ve 93). Zararlı yahut gayri muhik, kararın güttüğü gaye ile tenakuz halinde olan bir “statu quo” sırf ilgisizlik, rutin yahut arzettiği kolaylık, teşkilât yahut yaratıcı zekâ fıkdanı, veya yargıcın yanılmazlığı ve kararlarının değişmezliği mukaddes prensiplerini - yahut daha doğrusu hukukî fiksiyonlarını - ilânın temin



ettiği manasız haz adına, herşeye rağmen muhafaza mı edilecektir? “Res judicata pro veritate habetur” (Mahkeme kararına iktiran etmiş şey hakikat sayılır)! Ceza probleminin çözüm ve perspektivini yanlış yola sevkeden bu eski mesellerin - yukarıdaki kadar “nemo censetur ignorare legem”, “nemo audiatur propriam turpitudinem allegans” yahut “confessus pro judicato habetur” meselleri de - artık formüller haline konmuş Ulpian, Paul yahut Gaius hukuku olmıyan bir hukuk içinde baştanbaşa tadil ve terk edilmeleri lâzım gelmektedir; oysa ki bu hukuk yaşayan, hassas ve mütekâmil, mektep için değil fakat insan için yapılmış bir hukuktur.

Bu konuda çekingen ve kısmî birkaç tecrübenin yapıldığı da bir gerçektir. Yargıç kendisiyle daha evvel meşgul olmuş olduğu ve mukadderatını tayin etmiş olduğu suçlu ile ilgisini tamamen kesmiyecektir; bu mecburiyet yargıcın görevleri arasına ithal edilmiştir. Bu gayeyle alınan tedbirler arasında “kararın taliki” (sentence suspendue), “vaktinden evvel şartla salıverme” (libération conditionnelle anticipée)yi ve “nisbeten müddetsiz hüküm” (sentence relativement indéterminée)ü sayabiliriz. Modern doktrinin tetkik ve teşrih ettiği bu genel mahiyetteki tecrübeler üzerinde durmayacağız. Nitekim Bay profesör Donnedieu de Vabres’in hemen klâsik oluveren “Traité”si (Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris, Sirey, 3. baskı, 1947) bu konuda yeter derecede pozitif malûmatla genel bir görüşü ihtiva etmektedir (bilhassa, genel temayül için 45 ve son., tecil, tecrübeye koyma ve şartla salıverme için 519 ve 529 ve son., ve müddetsiz hüküm için 427 ve son. sayfeler). Yenilik getirdiği söylenen ve bundan elli yıl evvel proje halindeyken gerçekten yeniliklerle dolu olan İsviçre Ceza Kanunu da bu harekete iştirak etti ve hatta Avrupa da bu harekete hız verdi. Fakat bu kanun da konuyu tamamlamış olmaktan henüz uzak bulunuyor! Zamanımız ceza siyaset ve mevzuatının yönelmiş olduğu reformu bu kanun pekâlâ gördü ve bu reforma başladı, fakat daha henüz tahakkuk ettiremedi (1).

(1) İsviçre halkının istikrar ve ihtiyat hissi ve an’aneye bağlılık endişesi, ki şayanı hürmettir, daha cezrî bir reformun tahakkukuna engel oldu : Federal Konsey, İsviçre Ceza Kanunu tasarısını Meclislere takdim eden 23 Temmuz 1918 tarihli mesajında, pozitivist mektep ve bu mektepten neş’et eden doktrinal yeniliğin ortaya çıkardığı “reform hareketinin icaplarını” “kendi anlayış ve özel durumlarımıza” “intibak” ettirmekten başka birşey yapılmadığı halde, teklif edilen yeniliklerin (bilhassa alışılmamış olan “emniyet tedbirleri” alanında) doğurduğu “sert mukavemeti” belirtiyordu. Mevcut müesseselere ve benimsenmiş fikirlere dokunan azçok cezrî her reform hareketini frenliyen bu tabii temkin ve çekingenlik hislerini her zaman hesaba katmak mecburiyetindeyiz: bu benimsenmiş fikir ve müesseselerin sahip oldukları uzun ömrün, bu

Kanunumuz böylece "kararın tâliki" ni kabul etmektedir; fakat bu müessesenin mânası pek iyi, belirli bir şekilde anlaşılammıştır: kanun bu müesseseyi bir tek halde, yani sanığın şahsiyeti üzerinde yargıcın tam bilgiye sahip olmaması halinde kabul ediyor; zira alınacak tedbirlerin cinsi üzerinde karar kılabilmek için bu şahsiyetin, şüpheden âri, tam manasiyle tanınması icap etmektedir. Halbuki bu müessesenin ruh ve gayesi tamamen başkadır ve hedef itibariyle daha da ileridir! Üstelik kanun "kararın tâliki"ni yalnızca "reşitler" yani 14 ilâ 18 yaşındaki suçlular konusunda kabul etmektedir (mad. 97). Diğer taraftan vaktinden evvel "şartla salıverme"yi - ki bu müessese çok daha iyi ve daha cömertçe anlaşılıp tanzim edilmiştir - muhtelif reşit ve büyük suçlu kategorileri için (mad. 38, 42 ve 43, 94) kabul etmiş ve bu müessesenin şartlarını, hareket noktasını, kabul ve geri alınmasını yahut suçlu lehine ne şekilde neticeleneceğini makul ve müşahhas bir tarzda tanzim etme yollarını aramış ve bunda umumiyetle muvaffak da olmuştur; fakat bu tanzimin, bilhassa müddetler, ıslah yahut şifanın kat'i olduğu hallerde bu müddetlerin başlangıç noktası, yargıcın yüksek nezareti, tedbirin muvaffak olup olmadığının re'sen tetkiki ve girşilen tecrübenin daha az otomatik bir şekilde geri alınması konularında daha da yumuşak olması icabederdi (1). Nihayet kanunumuz "müddetsiz hükmü", yahut daha doğrusu gayri muayyen bir müddet için mahkûmiyeti, itiyadî suçluların enterne edilmesi (mad. 42), tembel ve serseri suçlunun iş esasına müstenit terbiye evine (mad. 43), alkolik suçlunun içicilere mahsus müesseseye (mad. 44) ve sapık yahut tehlikeli reşit suçlunun terbiye müessesesine (mad. 91) gönderilmesinin bahis konusu olduğu hallerde kabul etmiştir; fakat son iki halde tedbiri her hal ve kârda muayyen bir azamî had ile hudutlamıştır (içici için iki yıl; reşit için, duruma göre, 10 yıl yahut 22 yaşına kadar). Gayrimuayyen müddetin mutlak prensip olarak kabul edildiği yegâne hal itiyadî suçluların enternesini halidir (hernekadar şartla salıverme ihtimalinin mevcudiyeti muayyen bir müddet sonunda mecburi olarak tetkik edilecek ise de); bu, kanunumuzun

(1) İsviçre Ceza Kanununun halen elde bulunan "küçük tadili" şartla salıvermeye müteallik hükümlerin ıslahını güden müteaddit teklifleri münakaşa etti; Federal Konsey'in, kısmî tadil tasarısına ek 20 Haziran 1949 tarihli mesajı bu noktayı belirtmekte ve 38, 54 ve 55. maddelerde yapılan değişiklikleri izah etmektedir.

müesseselerin kalite ve canlılıklarının bir delili olduğu kanaati taşınmaktadır. Bu ise itiyat ve konvansiyonların sahip olduğu kuvvetin - rutin ve ataletin sahip olduklarından bahsetmesek bile - bu itiyat ve konvansiyonların cevaz verip devam ettirdikleri müesseselerin bizzat sahip olduğu kuvvete çoğu zaman galebe çaldığını unutmaktır.

ihtiva ettiği en cesur ve en kesin "toplumsal savunma" ve "uzaklaştırma" tedbiridir (2).

Diğer taraftan yargıcın infaz sahasına müdahalesini ve bu safhada alınacak kararı düzenleyen uygun ve zaruri rejim, cezaî sorumlulukları mahdut olanlarla, içici ve beyaz zehir müptelâsı suçlular konusunda da belirmeğe başlamıştır: Birinci halde (mad. 17 numara 2) kanun vazı "sebeğ zail olur olmaz" yetkili otoritenin - kantondan kantona değişmektedir - kazaî kararlarla hükmedilmiş olan "enterman", tretman yahut hastahanedeki ikâmete son verdireceğini makul bir şekilde kabul etmiştir; ve cezaî sorumluluğu mahdut olan bu suçlular konusunda "yargıç" - ki böylece tekrar önüne gelmektedir ve yargılandığı kimsenin kontrolünü kat'i olarak kaybetmemektedir - emniyet tedbirlerinin ya-

(2) Logoz (Commentaire du code pénal suisse) "enterneman"ın, icabı halinde, prensip olarak mahkûmun ölümüne kadar devam edeceğini söylemektedir - yani 42. maddenin 5 numaralı bendinde şartla salıvermeye müteallik konan şartların tahakkuk etmemesi halinde (asgarî müddet 3 yıl, yahut, yerini "enterneman"a bırakan ceza müddeti daha uzun ise bu ceza müddeti kadar), mahkûmun hattihareketi yahut konulan teşhis ve istikbal için vadettiği ümitler yahut tahmin konusundaki şartlar). Bunun içindir ki bu tedbir suçluları (ve "müdafilerini") pek korkutmamaktadır, ve âmme efkârı ve mahkemeler tarafından kuşkuyla karşılanmaktadır. Bununla beraber benimsenmiş fikirlere pek aykırı ve şahıs hürriyeti için fevkalâde ağır olan bu tedbire karşı gösterilen ve izahı kolay ilk bir mukavemetten sonra mahkemeler de, âmme efkârı da bu müesseseye alışmağa, sosyal kıymetini ve iyi neticelerini kabul etmeğe başlamışlardır. 17 Eylül 1949 yılında Vaud kantonu Grandson mahkemesi tarafından yargılanan sabık lejyoner Stauffer davasında mahkeme sanığın hırsızlık, dolandırıcılık ve nüfus siciline yanlış beyan (savcılık, metresinin katli ithamını, ispatın imkânsızlığından dolayı, terketmişti) suçlarını sabit görerek kendisini savcının yalnızca 3 yıl talebine rağmen, tutukluluk müddeti indirilmek üzere 6 yıl ağır hapse mahkûm etmiş ve bu cezayı gayri muayyen bir müddet için "enterneman"a çevirmiştir. Gazette de Lausanne muharriri bu hükmü tefsir ederek diyor ki: "Hükmün gerekçesi belirtmektedir ki, kuvvetli karinelere rağmen katil ithamının yeter derecede ispat edilememiş olmasına rağmen, Stauffer'in toplum için bir tehlike teşkil ettiği aşikârdır ve bu sebeple kendisine karşı emniyet tedbirleri almak icabetmektedir. Gerçekten duruşmalar sanığın yüklü geçmişini ve endişe verici tabiatını sarih olarak ortaya koymuştur. Şüphesiz bu durumdur ki mahkemeyi savcının taleplerini geçen bir karar almağa sevk etmiştir. Diğer taraftan, suçların terakümü, Stauffer'in müteaddit tekerrürleri ve daha önce maruz kaldığı mükerrer mahkûmiyetlerin kendisi üzerinde fazla bir tesir göstermemiş olması vakıası hudutsuz bir müddet için enterne edilme gibi şiddetli bir tedbirin tatbikini meşru kılmaktadır. Böylece, Grandson yargıçları müheyyiç olduğu kadar da şiddetli bir alâka uyandıran bu davayı çok iyi bir hükümle neticelendirdiler." Görüldüğü gibi "toplumsal savunma" ve klâsik anlayıştaki cezanın yerini alan ve gayrimuayyen bir müddet için verilen tedbir, fazla gürültü yapmadan fakat emin bir şekilde yolunda ilerlemektedir.

nında bir de cezaya hükmetmişse, bu cezanın "infaz edilip edilmeyeceğini" ve edilecekse infaz tarzının ne olacağını karar altına alacaktır: şu halde bu ceza "ne variatur" verilmemiştir, ve faydasız yahut zararlı görüldüğü hallerde mecburen infaz edilmeyecektir. Yetkili otorite, aynı şekilde, prensip itibarıyla mahkûm olan fakat dava sonunda adlî bir kararlarla tedavi müessesesine gönderilen (mad. 44, numara 3, ve mad. 45) içici yahut beyaz zehir müptelâsı suçluyu da "iyileşir iyileşmez" serbest bıraktıracaktır; ve şayet cezanın infazı tedavi maksadıyla hastahaneye yatırma tedbiri lehine tehir edilmiş ise "yargıç", suçlu serbest bırakılmadan evvel, müessese idaresinin de reyini alarak, "cezanın infazını, yahut kısmen veya tamamen kaldırılmasını" kat'i ve nihai bir şekilde emretmek için işe yeniden müdahale edecektir.

Bunlar eksiksiz bir çözümün bulunması yolunda atılmış ilk adımlardır ki, burada belirtmekten zevk duyuyoruz. Fakat hemen ilâve edelim ki bütün bu hareketler ideolojik ve teleolojik bakımdan ve mevzu hukuk alanında henüz mütereddit, şekilsiz, kısmî ve gayri kâfidir. San Remo I. Milletlerarası toplumsal savunma kongresine takdim ettiğimiz raporda da söylemek fırsatını bulduğumuz gibi, bu yolda azimle ilerlemek, ve bu teşriî ve doktrinal "premis"leri geliştirerek mantikî neticesiz hüküm, infazın kazaî nezaret ve müdahalesi, kazaî kararın sonradan ortaya çıkan zaruret ve durumlara uygun olarak bir yargıç kararıyla tadili prensiplerinin karşılaştıkları mukavemete rağmen, önleme, ıslah, tedavi ve himaye gayelerine yönelmiş ve seçkin bir personele tevdi edilmiş bir ceza muhakemeleri usulünün, mantikî olabilmek için, bu değişiklikleri yapması muhakkak lâzımdır. Kanaatımızca doğru olan yegâne gayeler bunlardır (önleme, ıslah, tedavi, himaye). Gayesini müdrik ve bu gayeye uygun olarak tanzim edilmiş maddi ve şeklî ceza hukukunun hükümlerinden istifade edecek kimseler yalnızca çocuklar, anormaller, içici yahut beyaz zehir müptelâları ve ıslahı gayrimümkün mükerrirler, yani küçük bir azınlık veya muayyen kategori suçlular değildir. Bu hükümlerden keza manen ıslah edilip kurtarılması lâzım gelen bütün suçlu camiasının müstefit olması lâzımdır; izah ve beyandan müstağnidir ki bu prensipler her suçlunun arzettiği şahsî durum ve hâlin zaruretlerine uydurulacaktır. Ve muhakeme usulü kanununun, maddi hukuk tarafından vazedilen prensiplerin en iyi tatbikini sağlayacak hüküm, şart ve şekilleri ihtiva edecek tarzda gelişmesi ve düzeltilmesi de gayet tabiidir.

Bunun imkânsız birşey ve bir ütopi olduğu söylenmesin! Anahatlarını kaba taslak çizmiş olduğumuz görüşlere müstenit bir muhakeme usulü sadece mantikî ve sıhhatli değil - böyle bir muhakeme usulünün mantikî ve sıhhatli tek muhakeme usulü olduğunu gösterdiğimizi zannediyoruz - aynı zamanda kabili tahakkuktur da: bu prensipler günümüz pozitif hukuku içinde şimdiden yer almıştır, ve yapılması icabeden yegâne şey de onları daha mükemmel bir şekilde ortaya çıkarıp daha belirli kılmak, plânlarını ve inşasını tamamlayarak metodik bir şekilde hususî durumlara uydurup genelleştirmektir. Buna delil ve misal olarak, İsviçre Ceza Kanununun temel prensiplerinden ve Cenevre muhakeme usulü ve tatbikatından çıkan **küçükler** muhakeme usulü ve ceza hukuku rejimini göstermekle yetineceğiz. Reform bu alanda yapılmıştır ve küllidir; yargıç iyi ise ve tatbikat kanun hükümlerinin ruh ve gayesine uygunsa elde edilecek neticeler vait dolu olacaktır. Hatta daha ileri giderek diyebiliriz ki, bunlar vaitten daha kuvvetli şifabahş gerçeklerdir. Bu yolda ilerlemek kâfidir. Suç ve suçlunun tedavisi için 18 yahut 20 yaşına kadar mümkün, iyi ve hatta mükemmel olan bir şeyin, keyfî olarak tesbit edilen muayyen bir andan itibaren, bir günden öbür güne, âni olarak bu vasfını kaybetmesi, ve bu yüzden reddedilmesi tahayyül edilemez. Küçükler ceza hukuku yarınki reformların habercisidir; nasıl ki çocuk bizzat istikbal ise, küçükler ceza hukuku da müstakbel ceza hukukunun öncüsüdür.

Sözlerimizdeki ateşin, tenkid ve tekliflerdeki biraz şiddetli ifadenin bağışlanacağını zannediyoruz. Tarde'nin fikrî müridi olarak biz de "Transformations du droit" nın tarihi ve daima payidar kalacak prensiplerine, "Philosophie du droit" nın ilham verici zenginliğine, "Criminalité comparée" nin değerine ve verdiği derslerin faydasına inanıyoruz; biz de "her devrin, kendisine hayat veren imanı, yani millî ve her türlü münakaşadan azade inancını, bu devri vasıflandıran ceza muhakemeleri usulü içinde aksettirdiğine inanıyoruz; şöyle ki bu alanda yapılan teşriî ve kazaî istihaleler serisi bizzat beşerî tefekkürde kendini gösteren değişikliklerle tam mutabakat halindedir". Beşerî tefekkürün, öç ve kefarete esasına dayanan (1) eski ceza hukuku efsanesine son darbeyi indir-

(1) Bununla suçlunun, ika ettiği fiilin mukabilini "ödemeyeceği" ve kefarete ödeme, vicdan azabı yahut pişmanlık gibi her zaman duyabileceği hislerin hesaba katılmıyacağını söylemek istemiyoruz; "kefarete" prensibini cezanın mesnedi veya vasıtasız gayesi yapmamak lâzımdır demek istiyoruz. Keza ıslahtan bahsettiğimiz zaman da yalnızca manevi ıslahı, iyileşmeyi kastedmiyoruz; bilâkis müeyyidenin de terbiyevî ve ıslah edici vasfını muhafaza edebileceği ve etmesi lâzım geldiği kanaatindeyiz; buna mukabil bu müeyyidenin sadece "ceza", terhibi öç, "kötülüğe kötülükle mukabele" karakterinde olması büyük bir hatadır.

diğine inandığımız, sosyal ve ıslah ve terbiye edici bir ceza hukukunun tesirine olan derin inancımızı saklamadığımız için, bu zaruri istihalenin tahakkukunda gösterilmesi lâzım gelen gayrete, mütevazî fakat iman dolu iştirakimizi esirgeyemedik. Bu işe girişmek için biraz şiddet ve az çok mübalâğalı bir gayret gösterilmişse, bu tarzı hareket, tahayyülü imkânsız gecikme, bu gecikmenin neticeleri ve durumun bir an evvel ıslahındaki müstaceliyetle mukayese edildiği takdirde, mazur görülecektir.

---

# ÖNLEME VE TOPLUMSAL SAVUNMA BAKIMINDAN RASYONEL BİR CEZA MUHALEMELERİ USULÜNE GİRİŞ

Yazan :

**Jean GRAVEN**

Cenevre Hukuk Fakültesi Profesörü ve Temyiz Mahkemesi Başkanı, Milletlerarası Toplumsal Savunma Cemiyeti II. Başkanı tarafından Liège II. Milletlerarası Toplumsal Savunma Kongresine takdim edilen rapor.

Tercüme eden :

**Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ**

Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usul Hukuk Asistanı.

Enkizitorial tip an'anevi muhakeme usulü üzerine aşılınmış olan günümüz ceza muhakemeleri usulü garip ve anlaşılmaz bir anakronizmdir. Bu usul, gayesi üzerinde yüzyıldan fazla bir gecikme gösteriyor. Yalnız, "rasyonalizasyon", "teknik", "tesir" devri olan günümüzün bütün temayülü ile değil, fakat bizzat kendisinin hedef tuttuğu gayelerle de doğrudan doğruya tenakuz halindedir. Bu durumdan endişe duyulmamakta ve hattâ bu hususun farkına bile varılmamaktadır. Zamanının hâkim fikirlerine uygun ve güttüğü gayeye mutabık olduğundan dolayı o vakitler sayılıp kabul edilen bu usul, esaslı bir istihaleye maruz kalan ve hâlâ da değişmekte olan ve tamamen ayrı gayelere müteveccih bir ceza sistemi içindeki - bu değişikliğin farkına varma zamanı artık gelmiştir - hayatını sadece uzun bir meslekî alışkanlığa ve yapıcı cesaret ve belki de teşrii yaratıcılık fıkdanına borçludur.

## I

1. Gerçekten bu usul heyeti umumiyesiyle, artık bugün çok eskimiş olan, asırdide bir görüş üzerine bina edilmiştir. Filhakika, bu eskimiş görüşe göre, kovuşturma, tahkikat ve yargılama organlarının ana görevi peşinen itibarî olarak çizilmiş cani, haydut, hırsız yahut sahtekâr portresine uygun düşen ve sınıfı kat'i bir şekilde tesbit edilmiş olup tip "mücrim" i meydana çıkarıp, suçunu itiraf ettirmek ve cezalandırmaktır; bilerek ve isteyerek bu vasfı iktisap eden "şerir" ile, yakalanması anından mahkûmiyeti anına kadar karşı karşıya, vücut vücuda bir çeşit mücadeleye girişmek, bu mücadeleden muzaffer çıkmak için kendisinden

cürmünün itirafını zorla koparmak, onu yere serip lekelemek ve pes dertmektir; suçluyu, hem ika edilen kusurun hem de bu hareketin endişeye düşürdüğü nizama yapılan tehdidin icap ettirdiği bütün şiddetle "cezalandırmak", cemiyetin öcünü almak; arzusuyla ika ettiği ihlâlin "cezasını" kendisine, ceza kanununun baremine uygun olarak hesaplanmış belirli ve değişmez bir miktar para yahut hemen hemen günü gününe hesaplanmış filân adı taşıyan ve falan derecede bir hapis cezasına çarptırarak, ödetmektir. Hâkim inanca göre, böylece "hak yerini bulmuş olacaktır". Sosyal nizam galip gelmiş; sosyal kaideleri istihfaf eden, bu kaidelere tâbi kılınmış; "borcunu", hem de icap ettiği gibi, ödemiştir: tarife riayet tamdır. Yeni bir suç ile polis ve adaleti tekrar tahrik etmediği takdirde artık kendisiyle ilgilenilmiyecek, fakat aksi halde devir, pek az bir farkla, yeniden başlayacaktır; kanunun icabı yerine getirilmiş, yargıçların vicdanı sükûn bulmuş, umumî efkâr temin ve teskin edilmiştir.

Şu halde, prensi polarak, heyeti umumiyesiyle usul kanunu, bütün gayretler, bütün kurnazlıklar bir "düşman" a benzetilen suç failinin maskesini, kendisine karşı galip gelecek bir şekilde, düşürmeğe, suçluluğu ve kötülüğü konusunda kendisini ikna etmeğe, kusurunu kabul ettirerek - habemus confitenteur reum! - onu lekelemeğe ve merhametsizce cezalandırmağa müteveccihdir.

Mücrimi bir "kanundışı" ve bir parya, iğrenç bir şey, kendisine karşı "amansız bir takibin" tanzim edilmesi zarurî olan kötü bir yaratık, beşerî ve ilâhî emirlere itaat etmediği için cezalandırılması lâzım gelen bir varlık telâkki eden bu antik suçlu anlayışı hâlâ âmme tenkili fonksiyonunun icrasına hâkim bulunmaktadır; bu görüş doğrudan doğruya iptidai usullerden inmektedir ve günümüz hukukundaki hâkimiyeti, görebilen için, aşikârdır. Bu fonksiyona hâlâ "kötülere" karşı açılmış bir harp nazariyle bakılıyor. Bu anlayışın günümüzde abes ve mânasız olduğunu göstermenin lüzumsuz olması icap etmeliydi. Gerçekten bu görüş sadece kötü, isyankâr ve antisosyal insanlar yaratmış, kine maruz kalıp lekelenen kimseyi daha kindar ve daha hilekâr yapmış, bunları tekrar cemiyete iade edecek yerde cemiyet dışı bırakmıştır; bu telâkki bu tarz muamele gören kimseyi "mücrim" mesleğine değilse bile, bu mesleğe müsait bir duruma kat'i olarak götürmeğe müncer olmaktadır. Kendisinden, mümkünse, içtimaî bakımdan sıhhatli ve faydalanılabilir bir "insan" yapmağa gayret edecek yerde, onu nefret ettiği topluma ve bu toplumu temsil eden otoriteye karşı galip gelmeğe tahrik etmektedir.

2. Diğer bir manasızlık : Öce müstenit, sert ve olayları basit bir görüşle mütalâa eden bu tradisyon gayet tabii olarak reaksiyon yaratmış ve XVIII. yüzyılın sonundan itibaren ve XIX. yüzyılda filozofların



“beşerileşmiş” hukuk cereyanı ve modern “liberal” doktrinle karşılaşmıştır. Bu etkilerden de gayet garip bir karışım yahut, daha doğrusu, tahayyül edilebilecek en acaip bir “juxtaposition” çıkmıştır. Zira bu iki cereyanın ahenkli bir şekilde birbiriyle kaynaşması mümkün olmamıştır. Eskiyip itibardan düşen sistemin yerine ceza siyasetinin yeni görüş ve zaruretlerine uydurulmuş bir sistem konamamıştır. Birbirinin zıddı olan icapları aynı zamanda aşağı yukarı tatmin eden ibrit bir usulde karar kılmanın mahir bir hareket olduğu zannedilmiştir; bunun da klâsik ve umumiyetle taklid edilen tipi Fransız Ceza muhakemeleri usulü kanununun “muhtelit” muhakeme usulüdür. Bu usul “inquisitorial” sistemle “accusatoire” sistemin kötü bir telifidir. “Âlim” hukukun gizli ve gıyabî sistemi ilk tahkikat safhası için, “populaire” hukukun şifahî, ale-nî ve vicahî sistemi de duruşma ve hüküm safhası için kabul edilmiştir. Esmein Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Tarihi adlı eserinde, 1670 “Ceza kararnamesi partisi” ile ithamî İngiliz ceza muhakemeleri usulünün - ki bu usul iyi tanınmamış ve yanlış anlaşılmıştır - verdiği örneğe uygun bir muhakeme usulü isteyen yenilik partisi arasındaki mücadelenin nasıl böyle bir kompromi ile nihayetlendiğini gayet mükemmel bir şekilde göstermektedir.

“Liberal” temayüllerin müteakip yıllarda daha da belirli bir hal alması neticesinde gayet tabii olarak bu müvazenesizlik şiddetlendi ve karışıklık arttı. Liberal temayüllerdeki bu belirti Fransa’da, bilhassa Guizot ve Rossi’nin “néo-classique” okulu tarafından tahrik edilen, 1832 reformunda; 48 yıllarının ve ferdin hakları ve bu hakların himayesi üzerinde duran “régénération” devrinin “demokratik” bütün kanun ve anayasalarında (bahusus Cenevre (1) ve İsviçre anayasalarının çoğunda; ve nihayet 8 Ocak 1897 “Constant kanunu” (Fransa), ve buna benzer yahut daha ileri görüşlerden mülhem birçok modern usul kanunlarında ifadesini bulmuştur; bu kanunlar içinde en dikkate şayan olanı 1891, 1895 ve 1897 yıllarında tadil edilen 25 Ekim 1884 tarihli Cenevre ceza muhakemeleri usulü kanunudur. Bu ibrit usulün sakatlıkları, 1884 ve bunun yerini alan 7 Aralık 1940 Cenevre ceza muhakemeleri usulü kanunu gibi fransız sistemini kabul ettikten sonra su ile ateşi evlendirmeye, enkizitorial sisteme bağlı adalet menfaatları ile eliberal ve vicahî sisteme bağlı sanık menfaatlerini telife çalışan bu derin ve çözümü güç tenakuzla malûl, geçmişin mirası ve her şeye rağmen muhafaza edilmiş

(1). 21 Mart 1849 tarihli ve aynı yılın 23 Nisanında cenevreliler tarafından kabul edilen, 9 Mart 1927 de yapılan bazı tâdillere hâlâ yürürlükte bulunan “Şahıs hürriyeti ve mesken masuniyeti anayasası” bu konuda gayet karakteristiktir. 1940 ceza mu. us. kanununun esasî prensiplerini bugün de düzenlemektedir (bk. meselâ, 4, 20, 70, 91, 92, 94, 97 ilâ 99, 108 ilâ 110, 150, 156, 160 ve 161. maddeler v. s.)

olan bu sisteme karşı her gün biraz daha artan tepki neticesi sanığa tanınan savunma hürriyetinin, imtiyaz ve garantilerin tekâmülü alanında her gün biraz daha ilerliyen memleketlerde takdire lââyık bütün gayretlere rağmen ıslah edilememiştir.

Modern olarak adlandırılan ve beceriksiz tenakuzlarla dokunmuş olan bu usulün sonu, gayesi nedir?

Adlî polis, tahkikat ve hüküm yargıçlarının görevi, kanunun, tatbikatın ve efkârı umumiyenin kendilerini bu vazifelerinde kudretsiz düşürmek, sıkmak ve kösteklemek için ellerinden gelen her şeyi yapmalarına rağmen, suç faillerini kovuşturmak, meydana çıkarmak, suçlarını itiraf ettirerek mahkûm etmek ve şiddetli bir şekilde cezalandırmaktır dersek yukardaki sorunun cevabını vermiş oluruz. Temel prensip ve gayesinin böylece tesbit ve kabul edilmiş olmasına rağmen - derhal söyleyelim ki bunlar tarafımızdan değil fakat günümüz kanunlarının kabul ettiği gayelerdir - heyeti umumiyesiyle "usul", devamlı olarak akli selime meydan okurcasına, bu gayeye asla uygun düşmiyen, ters bir istikamette yürümektedir; gayenin, kullanımını zaruri kıldığı bütün vasıtalar, hattızatında ulu ve hürmete lââyık olan fakat tatbik edildikleri takdirde gerçek gayeden inhirafı tazammun eden prensiplerden hareket neticesinde, ya bertaraf yahut da feda edilmektedirler. Zira, her sanıkta bir suçlu gören ve onu tıpkı müddei (ithamcı) gibi hareket eden yargıcın keyfine tabi kılan eski rejimin hatalarına karşı uyanan tepki neticesinde bugün aksi hataya düşülmüş, yükü altında bulunduğu çoğu zaman ağır suçluluk emarelerine rağmen kendisinin suçsuz sayılacağı ve masum gibi muamele edileceği kaidesi fiilen vaz edilmiştir.

a) İşte bu tarz hareket neticesinde adlî polise, evvelâ, vazifesini yürütmek için muhtaç olduğu zaman ve vasıtalar verilmemektedir. Bir yandan kanun koyucu adlî polisin sorgu, tahkikat, kontrol ve aramalarda bulunmak gayesiyle şüpheli şahsı ancak 24 saat gibi kısa bir müddet tutabileceğine karar vermiş ve kanun da sorgusu yapılmadığı yahut tahkikat yargıcı tevkif müzekkeresi kesmediği takdirde, kendisini, muvakkaten tuttuğu şahsı - ki bundan şüphesiz istifade edecektir - bu müddet sonunda serbest bırakmağa mecbur etmiştir. Sanki, "motorize" ve en son ilmî keşiflerle mücehhez ve en muktedir hareket ve en hızlı kaçma vasıtalarına sahip mücrim kumpanyalar devrinde ,bu kadar kısa bir zamanda, faydalı ve kesin bir şekilde hareket etmek ve dal budak salmış en karışık işleri çözmek mümkünmüş gibi. Diğer taraftan, bu sistem adlî polis yahut emniyet zabıtasını gene aynı şekilde müşkül bir durum içine koymaktadır: filhakika bu polis, modern delilin kurallarını bilmiyen yahut unutan yargıcın (bahusus lâik yargıç) mahkûmiyet kararı vermek için hâlâ çoğu zaman istiyeyeceği teferruatlı, kat'i ve tam "ikrar-

lar" ı temin etmek mecburiyetindedir; bu inanç sökülmesi hemen hemen imkânsız bir batıl itikattan ve meşhur "in dubio pro reo" prensibinin yanlış tefsirinden doğmaktadır. Ve aynı zamanda polisin hile yahut sürprize, psikolojik korku yahut "meşru işkence" olarak adlandırılan vasıtalara (yorgunluk, susuzluk yahut hırpalama, ki bunları "zihnî başdönmesi" takip edecektir) başvurarak bu zarurî ikrarları elde etmeğe çalışması (zira bu ikrarların polisler tarafından safiyane bir şekilde ve spontane olarak takdim edilmediği muhakkaktır) en şiddetli bir şekilde tenkid edilmektedir (Biz burada, gayet tabii olarak, polis devletinin asla mazur görülemeyecek suistimallerinden değil, hukuka saygı gösteren devletlerin muhakeme usulünden bahsediyoruz). Bir kelime ile, polisten her şey istenmekte, fakat kendisinin hiçbir şey verilmemektedir; polis birlikleri teşkil edilmekte, fakat burada çalışanlara gayet az para verilmektedir; imdada çağırılmakta, fakat her medenî yardım - zira "bugün şahit bulmak bile fevkalâde müşkül bir iş olmuştur" -, ihtiyaç duyulan her hareket imkânı, her ilmî araştırma ve her moral kredi kendisine reddedilmektedir. Okuru bu konuda Fransız Millî Polis Mektebi hocalarından Bay Louis Lambert'in, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (Paris, 1949, No. 2 ye ek) nin son sayısında yayınladığı ve maruz kaldığı hücumlara cevap olarak iç acısı ve meşru bir ihtirasla yazdığı yazıya gönderiyoruz.

b) Sonra, çabuk ve mükemmel bir şekilde bitirmek şansına sahip olmak istendiği takdirde tabiatı icabı gizli ve serbestçe yapılması, bir kanun, bir formalite, herhangi bir müdahale tarafından yahut bir itiraz tehdidiyle daimî surette kösteklenmemesi lâzım gelen kazaî tahkikatta, bu tahkikat ile görevli yargıcın yetkileri gittikçe tahdit edilmektedir. Eski-den tahkikat yargıcına tanınan fevkalâde geniş yetkiler - bu yetkilerin zarureten fevkalâde geniş olması lâzım gelmekteydi -, sanki, her şeyden evvel, bu yargıca ve kendisine tevdi edilen role itimat etmemek lâzımmış gibi, devamlı bir şekilde kısılmaktadır. Bu konuda Garraud, dünyada hiçbir yetkinin tahkikat yargıcının sahip olduğu yetki ile mukayese edilemeyeceğini söylüyordu; oysa ki bu yargıca, eğer lâayık ise - ki lâayık olduğu muhakkaktır -, cemiyetin kendini müdafaa konusunda sahip olduğu misyonlardan en önemlisini vermek lâzımdır. Fransız hukukunun koyduğu tahditleri daha da arttıran Cenevre'yi misâl olarak ele alıp (Ceza Muhakemeleri usulü kanunu, mad. 57) diyebiliriz ki, meşhut cürüm hali müstesna, kendisine, yapılacak muamelenin müstaceliyeti ne olursa olsun, savcıya hadiseyi haber vermeden ve savcı tarafından talep edilmeden herhangi bir tahkik muamelesinde bulunması yasak edilmiştir; yanına savcı yahut yardımcılarında birini almadan herhangi bir aramada bulunamayacak ve ikametgâhı işgal eden kimsenin yahut mümessilinin gıyabın-

da hareket edemeyecektir; bu kimselere resmen ve mükerreren haber verip kendilerini çağırmadan, içinde arama yapacağı evin, odanın yahut mobilyanın kapısını açamayacaktır; ve bütün bu muameleler gündüzün, hava kararmadan yapılacaktır. Kendisine, celp yahut ihzar müzekkeresini takip eden ilk sorgudan itibaren dâva dosyasındaki bütün itham delillerini, şahadetleri ve ispat vasıtalarını sanığa bildirme; cinayet dâvalarında, İtham Heyeti'nin oturumundan evvel, dâvanın önemine göre dosyanın hacmi ve nüfuzu güç mahiyeti ne olursa olsun, bu dosyada mevcut bütün usulî muameleleri muhtevi evrakın kopyasını sanığa bedava verme, mecburiyeti yüklenmiştir. Yargıcın odası günün her saatinde açık tutulmuş ve fonksiyonu, tamamen ayrı bir gaye güden avukatın - avukat için önem arzeden cihet yargıcı mat etmek olduğuna göre, güttüğü gaye gerçekte yargıcınkinin zıddı demektir - kontrolü altına konulmuştur; ve bu avukatın bütün gayreti, "gerçeğin" ve "adaletin". eskiden dendiği gibi, "müruruzamana uğramaz" kadim haklarına "savunmanın" "mutlak ve mukaddes hakları"yla mukabele etmeğe müteveccihdir; savunmaya tanınan bu haklar bundan böyle herşeyin üstünde sayılacağı ve uğruna herşey feda edileceğe benziyor; herhangi bir söz, ihtiyatlı bir hareket, sert bir bakış, sadede davet bu haklara asla müsamahası caiz olmıyan "tecavüzler" telâkki ediliyor. Bu cereyanın, yargıçlık mesleğini ve tahkikat yargıçlığı fonksiyonunu İhtilâlin yaptığı gibi ortadan kaldırarak - ki bu hareketin uğradığı büyük başarısızlık malûmdur - bu görevi otoritesiz bir jüri direktörüne tevdi ile neticelenip neticelenmeyeceğini insanın kendi kendine soracağı geliyor.

Ceza adaleti ve bu adaletin ana yahut, bir muhakeme usulü tâbiri kullanarak denilebileceği gibi, "vicérale" mükellefiyetleri anlayışında kendini gösteren bu inhiraf neticesinde, merhamet son raddesine kadar götürülerek faydası aşikâr olan "ihtilâttan men" müessesesi hemen hemen her yerde pratikman lâğvedildi, ve varlıklı ve pişkin mücrime her türlü ihtilât ve kaçma imkânlarını sağlıyan "kefaletle tahliye" müessesesi hiçbir tefrike tâbi tutulmadan, hatta bazan iskandal yaratacak bir şekilde genelleştirildi. Fazla olarak, hertürlü ketumiyeti ortadan kaldıran ve hudutsuz bir hürriyet getiren bu hakların yanında sanığa "sükût hakkı" ve hatta "yalan söyleme hakkı" tanındı; sanığın hiçbir cezaya ve hatta hiçbir tehlikeye maruz kalmadan adaletle oynuyabileceği, adaleti gözünü kırpmadan ve şeytancasına yanıltıp aldatabileceği kabul edildi; yalan şahadet ve yalan yere yemin suçunu işlemek sanık için bahis konusu değildir; usul kanunlarımız "contempt of court" (mahkemeye hakaret) suçunu tanımıyorlar; kanunlarımız mücrimin kabili münakaşa imtiyazlarını şüphe götürmez adâlet menfaatinin önüne geçirmektedirler. Bugün üzerinde durulan husus suçla tehdit edilmiş ve zarara uğra-

miş olan toplumu değil, fakat bu toplumun mücrim olarak takip etmesi lâzım gelen kimseyi korumak ve "teminat altına almaktır".

c) Gayesine çoğu durumlarda aykırı ve yabancı olan bu muhakeme usulü prensiplerine rağmen şayet yeter "itham delilleri" elde edilmişse suçlu, bilhassa en önemli ve ağır ve çoğu zaman en karışık davalarda, dikkatli ve aydın bir yargılamayı icabettiren hallerde, İhtilâl mevzuatına ithâl edilirken tarif olunduğu gibi, "hâlâ yapıldığı ağacın kokusunu taşıyan iptidai bir müessese" önüne, yani tamamen ehliyetsiz ve kur'a ile seçilen, hiç bir şekilde vazifesine hazırlanmamış bir jüri önüne gönderilmektedir. Bu jüri önünde herşey hazırlıksız yapılmaktadır; hiçbir şey tetkik edilmemekte, yapılan muamelelerden hiçbir iz kalmamakta ve hiçbir muamele yazı ile tespit edilmemektedir. Ve üstelik de bu jüri hukuken ve mantıken ispat edip göstererek değil (ki yargılamanın bu tarzda yapılması icabetmektedir), "his" yahut "sezi"ye müsteniden muhakeme edecektir. İngiliz jürisinde olduğu gibi kendisinden fiilin maddiyetine münhasır tek bir soruya (Bu kimse bu fiili işlemekten suçlu mudur?) cevap vermesi değil, fakat yargılamaya iştirak ederek bizzat tatbik edilecek müeyyideyi seçmesi istenmektedir; oysaki bu müeyyidenin tespiti, hergün biraz daha genişleyip güçleşen ve ilmî bir karakter iktisap eden ceza hukuku içinde, daha da nazik bir hal almaktadır. Hukuk davasında olduğu gibi yalnızca hukukî menfaatleri ve mameleki değil, fakat doğrudan doğruya insanı, şerefini ve hürriyetini konu alan ve bu yüzden neticeleri çok daha ağır olan ceza davasında, jürinin "gayret yargısı" böylece "ehliyete müstenit yargılama"nın yerini almaktadır; oysaki ehliyete müstenit bir yargılama, yukarıda arzedilen önemine binaen, ceza davasında gayri kabili içtinaptır.

Ve bu neticeye varmak için, objektif, vicdanlı bir şekilde ve sabırla gerçeği; hadiselerin beşerî mudilliğini; sanığın şahsiyetini, karakterini, geçmişini, kendisini suça götüren saikleri; tedavi ve ıslâhı için yahut kendisinden korunmağa en elverişli vasıtaları arayan bir duruşma yerine, şaşaalı, büyük lâfların yer aldığı, aynı zamanda gürültülü ve karışık bir tiyatro oyununa şahit olunmaktadır; bu safhaya hâkim en büyük endişe ve burada gösterilebilecek en büyük ustalık, bir avukatın ifadeyle, "savunulan, yani avukatının da kendisi kadar azap çektiği" suçluyu beraat ettirmek, yahut hiç olmazsa cezasını, bu cezanın mahiyeti ne olursa olsun, sistematik bir şekilde azalttırmaktır. "Hadiselerdeki karışıklığın, münakaşalardaki inceliğin, bilgisizlik ve yorgunluğun daima şaşırttığı ve çoğu zaman bunalttığı" ve "bu çeşit tahkikatın tamamen yabancı" - bu, his ve işittiklerine göre hüküm veren mahkemenin ilk tecrübesini müteakip Fransız Grand Juge'ünün daha XI. yüzyılda dediği gibi - jüri âzaları önünde girişilen bu hücumda savunmanın ödevi it-

ham organını mağlûp etmek değil midir? Bu parlak ve gürültü yaratan adli zafer, çoğu zaman, konuşma san'atının adalete karşı elde etmiş olduğu muzafferiyet değil midir? Bu zafer sürpriz yarattığı nisbette fazla alkışa mazhar olmaktadır. En makûl ve adil olanı değil, fakat en zayıf hal çaresini elde etmek için herşey seferber edilmektedir. Gerçek inkâr olunmakta, aleyhte durum saklanmakta yahut tahrif edilmekte, aydınlatılması lâzım gelen şey karartılmakta, dürüstlikle sevk edilmesi âzım gelen jüri şaşırtılıp karıştırılmakta, "cezayı hafifletici sebepler" yahut gayri muayyen ve müphem "beraat sebepleri" her fırsatta, yerli yersiz ileri sürülmektedir; ve şayet bilirkişi rey talep edilmişse, bunun da gayesi jüriden bir merhamet "verdict"i koparmaya yarıyacak bir sorumsuzluk yahut nisbi sorumluluk belgesini elde etmek, yahut da kolayca bulandırılabilen jürinin zihninde sun'î bir şüphe yaratarak kıymetli "in dubio" meselinin mutad faaliyetini sağlamaktır; bu şüphe yaratıldıktan sonra adı geçen meseli ileri sürerek suçsuzluk kararı talep etmek kolay olacaktır.

d) Böylece elde edilen beraat, hatta en hafif mahkûmiyetin bile nail olamadığı, bir imtiyaza sahiptir ki, hiçbir şey bu imtiyazı meşru gösterememektedir; ve hem de bu imtiyaz, bilinmeyen bir sebepten dolayı, pek mukaddestir; gayri âdil ve hatalı olduğu açıkça görülse bile, beraat kararına, genel olarak, el sürülemezdir. Eğer, aksine olarak, sanık mahkûm edilmişse: kendisine, duruşmaların telâşu içinde, cezaya tesir edebilecek hususî halleri mahiyetleri ne olursa olsun nazara almadan gün, ay, yıl ve frank olarak değişmez bir şekilde tespit edilmiş bir ceza tarifesi ampirik olarak tatbik edilecek, mahkeme salonundan alınıp otomatik icra için bir üçüncü şahsa terkedilecektir; artık yargıç ne verdiği kararlar ne de mahkûm ettiği kimse ile bir daha ilgilenmeyecektir. Yargılama bitmiş, şekli fonksiyonu tamamlanmıştır; gerisi yargıci ilgilendirmektedir. Hatta çoğu zaman yargıç hapisinin, ıslah, iş yahut tecrit evinin ne olduğunu; oturduğu kürsünün önünden, sonu gelmeyen defilenin herhangi bir gününde geçtikten sonra anonimleşen kimselere böylece tatbik ettiği ağır hapis yahut kürek cezasının ne olduğunu öğrenmek tecessüsünü bile göstermemektedir. Bu şekilde ilgisizliğe ve meçhule terkedilmiş mahkûm, şayet "vaktini doldurmuş" ve muayyen bir müddet için zahiri bir "hüsnühal" göstermişse serbest bırakılmaktadır; üstelik şansı da varsa bu salıverme vaktinden evvel olabilecek, hatta millî bir bayram, yeni bir devlet reisinin başa geçmesi yahut herhangi mes'ut bir olay münasebetiyle affa da uğrayabilecektir. Ve böylece mahkûm, geçmişine, geçim vasıtalarına, temaslarına ve tekrar içine düşeceği muhite bakılmadan, bunlarla ciddi bir şekilde ilgilenilmeden, kanun ve bu kanunun şerhleri içinde memnuniyetbahş sayılan bu sisteme

uyarak tekrar günlük hayata iade edilmektedir... ve suçluluğun ve mü-kerrirliğin bir türlü izah edilemiyen artışından, ve polis, ceza ve hapis-hane rejiminin aşikâr “iflâsından” dehşete düşüp müteessir olarak.

3. Üçüncü garabet, üçüncü hata ve teessürü mucip neticeler kayna-ğı: Medenî kaza ile cezaî kaza arasında uzun zaman hüküm sürmüş olan karışıklık sebebiyle, ve İhtilâl tarafından ilga edildikten sonra Napoléon’un hem kaza fonksiyonunu sadeleştirmek hem de bu fonksiyonun şere-fini arttırmak gayesiyle tekrar ihya ettiği “yargıçlıkta vahdet” prensibi-nin tesiri altında, ceza kürsüsüne bir hukuk yargıcının oturtulması keş-finde bulunuldu, ve, Fransız ceza muhakemeleri usulü kanununun meş-hur hükmüne göre (mad. 3), suçtan doğan şahsî hak davasının ceza da-vasıyla aynı zamanda ve aynı yargıçlar önünde takip olunabileceği ka-bul edildi. Bu ise her iki kazayı aynı zamanda zayıflatmak ve her iki yargıcı aynı zamanda gözden düşürmekten başka birşey değildir. Her iki davanın hukuk yargıçlarından müteşekkil (ki bunlar çözümü için yeterli oldukları tazminat iddiası üzerinde muhtasaran ve arızî olarak, yetersiz buldukları ve kendilerini ilgilendirmiyen ceza davası üzerin-de aslî olarak esasa müteallik bir karar vermekle mükelleftirler) bir ceza mahkemesi önünde birleştirilmesi, bu sistemi bulan uzun bir geç-mişin ve kabul eden büyük bir kanunun otoritesi olmasaydı, muhakkak ki ince bir mizahçının icadı olarak vasıflandırılırdı. Doğum kaynakları hariç, bu iki davanın müşterek hiçbir noktası yoktur. Gaye, metodlar, usulî zaruretler, karara ulaşmak için aranan teknik bilgiler birbirinden tamamen ayrıdır. Terim benzerliğinin sahte bir şekilde yarattığı birlik faraziyesinin ve “dış simetrinin” yaralayıcı ve zararlı olduğu bir saha varsa, o da içinde bulunup münakaşasını yaptığımızdır.

Failinin hukukî sorumluluğunu ortaya koyan zararı mucip herhan-gi bir fiilden mütevellit zarar-zıyanın ispatı ve tazminat miktarının tes-piti için kullanılan kazaî ve hukukî icabatla, suçun saik ve şartlarının, suçluluğun, cezai ehliyet ve sanığın cezaî sorumluluğunun tespiti, ve bu sanığı ıslah yahut tedavi etmek, gayri mütecaviz kılmak yahut müker-rirliğini önlemek için kendisine tatbik edilecek en iyi vasıtanın seçimi arasında müşterek olarak acaba ne vardır? Ve, bilhassa, hukuk yargıcı olarak yetişmiş - jüre’den, tesadüfen kürsüye oturtulmuş lâik yargıçtan evleviyetle söz açmıyoruz - yargıçtan kendisine yabancı olan bu güç prob-lemi inceleyip çözmesi nasıl istenebilir ?

İyi bir hukuk yargıcının muhakkak iyi bir ceza yargıcı olması icap etmez; hatta durum çoğu zaman aksi olacaktır, zira birbirinin zıddı ol-masa bile hukuk ve ceza yargıçlarına has tefekkür metodları, kaliteler, bilgiler tamamen yekdiğerinden ayrılmaktadır. Tarde, “Philosophie

pénale” adlı eserinde müdafilerin edebî nutukları içinden gerçeği çıkaracak ve mücrimleri gözlerinden okuyacak, her iki alanda da mükemmel olan bu ansiklopedik yargıca nerede rastlanmıştır? diye sormaktaydı. Halk efkârının çoğu zaman zannettiği gibi, bir “hukukçunun” bütün hukuk disiplinlerine vakıf olduğunu ve bu disiplinleri yeterlikle yürütebileceğini tahayyül çocukça bir harekettir. Bu belki eski devirlerde mümkündü; fakat bu disiplinlerin, sayıları durmadan artan kanun, doktrin ve içtihatlarla gittikçe genişlediği ve dal budak saldığı bu günde böyle bir faaliyet artık imkânsızdır; tek bir adamın görüşü ve ömrü bu disiplinleri ihataya kâfi gelmeyecektir. Devamlı olarak velâyetle, mal rejimiyle, boşanma yahut mirasla, borçlarla, akit yahut şirketlerle, ipotek, rehin yahut sigorta işleriyle uğraşan, buna mukabil geniş ve nazik kriminoloji ve ceza ilimlerine müteallik hiçbir şey bilmiyen, belki de cinaî antropoloji yahut tipolojinin bahsini bile işitmemiş, polis ilmini zabıta romanlarından ve adlî tıbbî gazetelerin cinayet ve çocuk düşürme vak’alarından bahseden müteferrik hadiseler sütununda öğrenen; asl abir ceza müessesesini ziyaret, bir suçluyu müşahede etmemiş yahut psikolojisini incelememiş, elinde tutup arasına sahifelerini çevirdiği Ceza Kanununun içinde tatbik edeceği maddeyi bulmada güçlük çeken ve bu madenin ne doktrinal izahını ne de jürisprüdansiyel tefsirini iyice bilmiyen bir hukukçu, hukukî esprisi ne kadar keskin ve tecrübe görmüş, “medenî” ve “ticarî” tatbikatı ne kadar mükemmelleşmiş olursa olsun, böyle bir kimse nasıl olur da artan suçlulukla dolup taşan bir dünyada cezaî görevinde kalifiye olabilir? Bu suç âlemine nüfuz, artan suçluluğa çare bulmak ve bu tedbirleri fiilen tatbik günden güne güçleşmektedir.

An’anevi sistem çoğu zaman yüksek hukukî teşekkülât ve tecrübeye sahip personel içinden seçilen **temyiz** yargıcı için varit olabilir. Filhakkâ bu yargıcın görevi, lüzumu halinde, uzaktan ve yüksekte, sırf hukukî bir meselenin, bir kanun metninin ihlâlinin, yani **herşeyden evvel hukukî olan** bir problemin tetkik ve çözümüdür. Bu problemin çözümü de kendisini alışmış olduğu zihnî faaliyetten ve mücerret muhakeme metodlarından uzaklaştırmacaktır. Fakat **tatbikat yargıcı** için durum başkadır; an’anevi sistem içinde bu yargıç zaruri meslekî evsafa sahip olamayacaktır. Zira tatbik yargıcı, olaylara, bu olayların tespit ve ispatına ve akislerine; suç failinin ancak vasıtasız müşahede ve sorgularla nüfuz edilebilecek, başlıbaşına bir muamma olan şahsiyetine, bu şahsiyetin fizik, psikik ve psikolojik veçhelerine; nihayet ceza siyasetinin emrettiği tedbir ve çarelere müteallik en müşahhas ve hayatiyeti haiz sualleri ayıklayıp çözmekle görevlidir. Sonra, alınacak tedbirler ve tatbik edilecek ıslah vasıtaları mücerreten ve bir kanunun hukukî icaplarına göre değil, suç realitesinin maddî zaruretlerine göre seçilecektir. Bu ödev fevkalâde ö-



zel bir mahiyet arzeden, başka bir ilme muhtaçtır; ve yerine getirilmesi için, hususî surette yetiştirilmiş yargıçlar istemektedir. İdarî kaza, ticaret ve hatta iş mahkemesi yargıçlarına sahip olma faydalı ve zarurî bulunmuş, buna mukabil ceza yargıçları konusunda tereddüde düşülmüştür. Bu iyi bir psikiyatr'dan (ilminde ne kadar yükselmiş olursa olsun) bir beyin ameliyatı istemeğe benzer.

Ferri, Garofalo ve Tarde'dan beri, bu manasızlık ve uyuşmazlık, bu dalâlet, doğurduğu neticeler, bu prensibin hâkim olunamıyan ve hatta artışı bile önlenemiyen suçluluğun bugünkü teessüfü mucip durumundaki sorumluluğu, bu duruma bir son vermek için küllî bir reforma olan zaruret üzerinde söylenmedik hiçbirşey kalmamıştır.

1933 Palermo III. Milletlerarası ceza hukuku kongresi, 1935 Berlin XI. Milletlerarası ceza ve hapisanecilik kongresi, 1938 Roma I. Milletlerarası kriminoloji kongresi bu problemi müzakere edip kâfi miktarda aydınlatmıştır. Liège Üniversitesi profesörlerinden, istinaf mahkemesi savcısı Jean Constant da aynı meseleyi, son yıllarda, **Revue de droit pénal et de criminologie**'de (Bruxelles, Nisan 1947. no. 7, s. 533 ve son.) büyük bir vukufuyla tekrar hatırlatarak ele alıp inceledi. Bu konu üzerinde istarı lüzumsuz bulmaktayız; zira birkaç asırlık bir organizasyon ve itiyatla karşılaşan pratik tahavvülâtın tahakkuku güç ve uzun zamana mutavakkıf olmakla beraber, devrimizin fenomenlerini ve ödevlerini yeni baştan düşünmek zahmetini ihtiyar eden espriler için, bu savaş artık kazanılmıştır. Medenî hukuk, hukuk davası ve yargılaması, hukuk mahkemesinden istihsal edilen kararın icrası ile ceza hukuku ve davası, ceza yargılaması ve ceza kararının infazı yekdiğerinden ayrı şeylerdir, her ikisinin kendisine has karakteri, müteaddit ve muhtelif icapları vardır; ve bu icaplar ancak hususi olarak hazırlanmış, yetiştirilmiş ve ait olduğu göreve tahsis edilmiş meslekten yargıçlar tarafından yerlerine getirilebileceklerdir; kaldı ki bu görevlerin herbiri kendilerine tahsis edilen yargıcın bütün ilmini ve gayretini, bütün hayatını doldurabilecek mahiyettedir. Küçüklere mahsus ceza mahkemeleri konusunda her yerde bu hususun farkına varılmış ve gerekli icraat tahakkuk ettirilmiştir: bu müstakbel yapının eşğine atılan ilk fakat kat'i adımdır.

4. Yukarıda özetlediğimiz ve iyice göstermek gayesiyle hatlarını azıcık kalınlaştırdığımız bu ceza sisteminin tamamen yanlış olduğu, bugünkü anlamındaki ceza adaleti, önleme ve toplumsal savunma menfaatlarıyla kat'iyen uzlaşamayacağı, ve artık muhafazasının imkânsız bulunduğu gerçekten hissedilmiyor mu? Gaye ve icaplarına uygun düşen bir muhakeme usulü içinde bahis konusu edilmesi lâzım gelen şeyler acaba nelerdir?

Devrimiz, "pozitivist" antropolojik ve sosyolojik italyan mektebi tarafından haklı ve takdire lâyık bir şekilde ortaya atılan kıymetlerin - inkârı imkânsız hatalar da ika edilmiştir - külli inkilâbını, ilmî ve tecrübî metodlara müsteniden, yapmaktadır. Vasıtasız müşahede, pür zih-nî inşain yerini almıştır. Suç ve suçlu, Ferri'nin "Sociologie criminelle"-inde cephe aldığı klâsik hukukun "tecerrütleri"nden, "hukukî entiteler"-inden -ve münhasıran hukukî- tamamen ayrı birşeydir. Bunların, -Sirius'-un görüşüne göre, diyebiliriz- matematik bir şekilde tespit edilmiş herhangi bir müeyyide tehdidi altında falan şeyi emir yahut filân şeyi yasak eden pozitif bir kanun metnine, normal olduğu kabul edilen ve bi-zatihi fazla bir önem arzetmiyen bir hukuk süjesi tarafından yapılan a-lelâde bir ihlâl telâkki edilmemesi lâzımdır. Sosyal bakımdan faydalı bir iş yapmak istiyen ceza yargıcı bir kanunun kelimeleri üzerinde değil fakat yaşıyan bir matiyer üzerinde çalışmalıdır; bu yargıç, namütenahi tenevvü gösteren, daimî hareket halinde, ferdî, mudil **beşeri gerçeklerle** karşıkarşıyadır. Sayısı yirmiye aşan birçok üstad, pozitivist mektebin-kilerden sonra, bu etüdleri derinleştirip zenginleştirdiler, konuya vuzuh verip hataları bertaraf ettiler. Ve Belçika toprakları üzerinde toplanan milletlerarası bir kongrede, Prins'ler, Werwaecke'ler ve Braffort'lar gi-bi herkes tarafından bilinen Etienne de Greeff adını da saygı ve min-nettarlık ifadesi olarak anmadan vazgeçilemez (1).

**Revue de droit pénal et de criminologie**'de (Bruxelles, 1948, no. 5, s. 422 ve son.) yargıç Versele'nin aynı başlıkla hatırlattığı gibi, artık "sert an'anecilik boyunduruğunu kırarak daha realist bir anlayışa doğru dönmenin" vakti gelmiştir. Birçoklarının daha evvel fevkalâde bir şekilde ifade ettikleri ve burada bulunanların da şüphesiz kabul ettiği bir hususu biz de bir defa daha tekrar edeceğiz değiliz. Mücrim, herkes gi-bi, kendisini müşahede, takip ve muhakeme eden kimse gibi, bir insandır; suç da, her beşerî hadise gibi, insan tarafından ika edilen bir fiildir, ve "antisosyal bir fiil" olması ve bu sebeple kanun tarafından cezalandırılması hasebiyle sosyal bir fenomendir; keza, bu fiilin insandan, bu insanın ferdî ve derin şahsiyetinden, içinde büyüdüğü, faaliyette bulunduğu sosyal muhit ve şartlardan tefriki mümkün değildir: Şu halde, bütün bu şartların beraberce ve birbirleriyle olan bağılıkları içinde ilmî bir şekilde tetkik ve kıymetlendirilmesi lâzım gelmektedir. Kazaî fonksiyonla görevlendirilen kimselerin artık mücerret "şeklî hukukun" ötesine geçip, ceza hukukuna "yardımcı" ilimler mutad adı altında toplanan ve böyle olmakla beraber bu hukukun ihmal edegeldiği ilimlerin

(1) 8 Aralık 1949 tarihinde Liège'de toplanan Milletlerarası Toplumsal Savunma Cemiyeti Genel Kurulu, profesör de Greeff (Belçika), Lyra (Brezilya)

yardımıyla, psikolojik, sosyal ve “krimineller gerçeğe” yaklaşması lâzımdır. İşlenen fiilin objektif elemanlarını, tespit ve tayini haddizatında güç olan irade serbestisinin miktarını, bu fiilin itibarî eşele göre icabettirdi- ve Balestra (Arjantin) ya cemiyetin fahrî üyeliği payesini tevcih etmiştir. İki ceza miktarını tespit için sadece suç teşkil eden fiilin tetkiki kâfi değildir; hatta böyle bir teşbbüs gülünç olacaktır. Bu tarz davranış kanunu tatmin edebilir, fakat adaleti, sosyal faydayı ve hayatı asla! Suç sebeplerini ve bu suçun mekanizmasını meydana çıkarmak, suç failinin niçin ve hangi tesirler altında ve nasıl bir geçmişle bu tarzda hareket ettiğini, bir malûlün mü, yoksa bir sapık veya bir hastanın mı - ki bu üç ayrı durum eskiden takbih vasfını muhtevi “malfaiteur” (kötülük yapar, şerir) genel adı altında birbirleriyle karıştırılmakta idiler - yargılandığını bilmek, ve bu kimsenin arzettiği hususi duruma biyolojik, psikolojik ve sosyal bakımdan en uygun düşen tedbirlerin hangileri olduğunu bulmak için herşeyden evvel **insanı**, suçlu yani “antisosyal yaratığı”, Rektör Agostino Gemelli'nin bugün her yerde tanınan ve tartışılan kitabının (Editions Giuffrè, Milano 1946 (1)) adını kullanarak, “biyolojik ve psikolojik temelleri içinde suçlunun şahsiyeti”ni incelemek lâzımdır. Artık bahis konusu olan şey şaşırtarak suçu ikrar ettirmek değil, fakat sanığın arzettiği hususî hali teşhistir; imkân nispetinde eşit fakat en doğru ve müessir şekilde muamele etmektir. Her hal birbirinden farklıdır ve ferdîdir ve ayrı bir mesele ortaya çıkarmaktadır. Üstünkörü bir yargılamadan sonra peşinen tespit edilmiş kategorilerden herhangi birine ithal edilen ve herkes için aynı olan bir ceza ile cezalandırılan sanıkların sayısını, cezaevlerini dolduran sayısız psikopatları, moral his ve kanuna uygun olarak cezalarını çektikten sonra serbest bırakılan sayısız islahı gayri mümkünleri düşündükçe insan titremektedir.

İmdi, bu realist ve yaşayan ceza hukukunda ve bu hukukun fonksiyonunda bilhassa önem arzeden cihet ne bir ikrar koparmak, öç almak, vurmak, cezalandırmak, kötülüğü kötülükle karşılamak, işlenen suçun kefareti ödötmek, azap çektirmek, ne de suçluyu, her çeşit söz ustalığı ve manevra ile, her ne bahasına olursa olsun adaletin sert muamelelerinden koruma çarelerini aramaktır; bu türlü hareket tarzı hiçbir fayda temin etmeyecektir. Gaye, işlenen fiilin iç ve dış sebeplerini, sanığın tarlalarının yahut bedenî veya ruhî zaaflarının mahiyetini, suçluluğu önlemek, bu şahsı islah ve tedavi ile cemiyet hayatına tekrar intibak ettirmek ve kendisine cemiyet içinde yeniden bir yer vermek için, tanımak-

(1) Bu eser İsviçre'de, bilhassa Lugano kantonal cezaevi müdürü B. S. Jacomella'nın *Revue pénale suisse*'de yayımlanan mufassal bir etüdüne konu teşkil etmiştir. (Bern, 1943, s. 341 ve son. Nuove concezioni e nuovi orientamenti sull' esame della personalità del delinquente).

tır; bu yoldaki araştırma kinden arî ve sanığı hâkîr görmeden, bilâkis beşerî şefkat ve hoş görürlüğü havi ilmî vuzuh ile her halin özelliklerine ve her sanığın şahsiyetine göre yapılacaktır. Garofalo "Maximes" (XII ve XIII) lerinde "Matlup, fiili cezalandırma değil, fakat sanığın bu fiille ortaya çıkan suçluluğunu vurmaktır, cezayı ne suçun objektif ağırlığı ne de suçlunun normal sorumluluğu ile nispetlemeği düşünmemek lâzımdır, yapılması lâzım gelen şey cezayı suçlunun suça olan temayülüne göre tespit etmektir" diyordu. "Biz yargıcın, irade serbestisinin bu farzî ve tayini gayri mümkün mikdarına nispet edilmiş lüzumsuz bir ceza vermesini değil, fakat, içtimaî zaruret hudutları içinde kalarak, önleyici vasıtayı bulmasını istiyoruz; yapılacak yegâne şey de budur... Gaye bedbahtı vurmamak değil, cemiyeti, önceden görülmesi kolay olan afetlere karşı korumaktır" (Crimonologie, La répression).

Bu önleme ve toplumsal savunma anlamları üzerine kurulan **muhakeme usulünün** karakter, vasıta ve gayeleri, öç ve kefaret esasına müstenit an'anevi ceza telâkkisine has usulün karakter, gaye ve vasıtalarından gayet tabiî olarak farklı olacaktır. Pozitivist mektebin şefi Lombroso, "Cinaî antropolojinin tatbikleri"ni (Paris, 1892, Les théories nouvelles de droit pénal) tetkik ederek Garofalo'ya haklı bir hürmet ifadesinde bulunurken yeni mektebin sadece ceza kanununun prensiplerine hücum etmediğini ve edemiyeceğini, fakat aynı zamanda "aşağı yukarı bütün usûl sistemini de devirdiğini" bilhassa belirtiyordu. Garofalo, bir yargıç olması hasebiyle - hem de büyük bir yargıç - "hukukçular tarafından icat edilmiş usûl sisteminin sayısız manasızlıklarını gözönüne sermek" ve "yeni kriminalistlere" reform yolları üzerinde rehberlik etmek için gereken vasıflara herkesten daha fazla sahip idi. Fakat, o zamandan beri, usul hukuku, hukukun yürüyüşünü takip edemeyip garip bir şekilde geri kaldı ve mesnetsizlik daha da şiddetlenip zararlı, köstekleyici bir hal aldı. Son günlerde, Bay Gausenberg'in **in dubio pro reo** prensibi ve bu prensibin tatbikindeki bazı güçlükler" üzerindeki etüdünde bu prensipten neş'et eden mahzur ve manasızlıkların - jüri ile yargılamanın muhafazası gibi - haklı bir tenkidini yaparken belirttiği gibi (**Revue de droit pénal et de criminologie**, Bruxelles, 1949, no. 10, s. 933 ve son.) : "Kabul etmek lâzımdır ki: ceza kanunu hassaslaşıp nüanslarla dolduğu nisbette, kendi tekâmülüyle muhakeme usulüne has müesseselerin tekâmülü arasındaki mevcut ayrılık da daha belirli bir şekilde ortaya çıkıyor; o derecede ki, insana, birbirinden bihaber ve tamamen başka saiklere tâbi iki ayrı gelişme karşısında bulunulduğu hissi gelmektedir". Muhakeme usulünün, gerçekten, **maddi hukukun gayelerine uygun bir şekilde** baştan sona kadar yeniden tanzim edilmesi lâzımdır. Ceza problemi ve icaplarını "realist görüşü"n bizi, İtalyan meslektaşımız Profesör

Santoro'nun da adlandırdığı gibi "ceza muhakemeleri usulünün realist görüşü"ne ("Visione positiva del processo penale" ("Scuola positiva" 1947) ) götürmesi icap etmektedir. Hukukî aracın, gerçek fonksiyonuna uydurulması şarttır.

Mümtaz birkaç esri bu yeni usulü bulmağa ve bu usulün anahatlarını çizmeğe çalıştı. Bu genç kriminalistlerin orijinal gayretine karşı duyduğumuz sempatinin ifadesi olarak burada Cenova, toplumsal savunma etütleri milletlerarası Enstitüsü sekreteri ve **Rivista di Difesa sociale** (Appunti intorno al procedimento di socializzazione, adı geçen Revue, 1937, no. 3, s. 285 ve son., ve 1948, no. 1 - 2, s. 45 ve son.) başyazarı Bay Cesidio de Vincentiis, ve daha evvel adı geçen Bay Yargıç Versele (**Revue de droit pénal et criminologie**, 1948, no. 5, Esquisse d'une réforme pénale judiciaire, s. 436 ve son.) nin taptaze etüdlerini zikredeceğiz. Zaten niyetimiz ne kendilerinin fikirlerini tenkidî bir tetkike tâbi tutmak, ne de bizzat yeni bir muhakeme usulü projesi hazırlamaktır; fakat bu yolda ilerlemek gayesiyle sadece birkaç prensibin vaz'ıdır (1).

## II

İster "suç" adı verilsin, ister "antisosyal fiiller" yahut "sosyal bakımından tehlikeli fiiller" tabir tercih edilsin, ceza kanunu tarafından yasak edilen fiillerin takibi ve adlî neticelerinin tespiti ve dar anlamındaki tahkikatın (hazırlık tahkikatı) yapılması, "Devlet savcısı" yahut "müddeiumumi" gibi bir organa ihtiyaç göstermektedir; bu husus inkâr edilemez. Aynı şekilde, bu araştırma ve tahkik ödevi, zaruri olarak, bu işi görececek kalifiye bir personele, yani - an'anevi müesseselerden ayrılmış

(1) 17 Kasım 1944 tarihli Adalet Bakanlığı kararnamesiyle kurulan kazai reform komisyonu tarafından hazırlanıp 1945 yılında, ceza muhakemeleri usulü bölümü başkanı Bay Profesör Donnedieu de Vabres'in ilk raporuna konu teşkil eden ve şimdi Başkanının ikinci raporuyla neşredilmiş bulunan (*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1949, no. 2, s. 433 ve son.) yeni "Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu projesi" getirdiği sadelik ve tekâmüller, rasyonel ve önemli yeniliklerle ne kadar enteresan olursa olsun, bizzat raporda da söylendiği gibi, heyeti umumiyesiyle *klâsik* bir kod teşkil etmektedir, ve bazı modern kanunların kabul ve doktrinin de tavsiye ettiği birkaç realizasyonla ıslah edilen an'anevi doneler üzerine bina edilmiştir. Yalnız "tahkikat"a değil, fakat bütün ceza muhakemeleri usulüne ve hatta bundan böyle infaz safhasına da tatbik edileceğine, ve yalnız cinayet davalarında takip edilecek usûle değil fakat kovuşturma safhasında ve polis ve asliye (correctionnel) mahkemeleri önünde takip edilecek usulü de tanzim ettiğine göre bu kanun, bizzat Fransız doktrininin de belirttiği gibi, yanlış ve an'anevi başlığını, serlâvhasını bile değiştirmemiştir (projet de Code d'instruction criminelle français).

olmamak için, - bir "adli polis"e, bir "emniyet zabıtası" yahut bir "polis görevli jandarma teşkilâtı"na (verilecek adın önemi yoktur) ve yargıç veya "tahkikat yargıçları"na muhtaçtır. Keza, bazı aksi tatbikata rağmen (1), kovuşturma fonksiyonunu tahkik fonksiyonundan ayıran an'anevi fransız presibini de kabul ediyoruz; zira savcı ceza davasının taraflarından olduğuna göre "ilk tahkikat" gibi kazaî bir mahiyet arzeden muameleleri yapamıyacaktır. Bu ilk tahkikat, biraz sonra da göreceğimiz gibi, yetkili yardımcı servislerin de iştirakiyle nihai kararı hazırlamasına binaen "kazai" bir muamele olarak karşımıza çıkmaktadır. 1808 ceza muhakemeleri usul kanununun münakaşaları sırasında Devlet Şûrası'nın savcı ve tahkikat (sorgu) fonksiyonlarının birbirinden ayrılması lâzım geldiği konusunda ileri sürdüğü görüş kısmen, - fakat sadece kısmen - yerindedir. "(aksi takdirde) savcı bütün siteyi titreten küçük bir müstebit haline gelecektir... Eğer vatandaşlar, kendilerini itham ve bu ithamın ispat vasıtalarını toplanma yetkisinin aynı şahısta birleştiğini görürlerse korkudan titreyeceklerdir". Ve devlet temsilcisi savcının,

(1) Yeni Fransız Ceza Muhakemeleri Usûl Kanunu projesi (mad. 51 ilâ 57) an'anevi fransız pratiğini terkedip eski tahkikat (sorgu) yargıcına düşen muamelelerin Cumhuriyet savcı ve yardımcılara tevdiî suretiyle bu sisteme ilhak etmektedir; fakat bu proje savcının üstünde "tahkikat safhası yargıcı" (juge de l'instruction gibi yeni bir organ ihdas ediyor. "Bu organın görevi - resmî rapora göre - taraflar nef'ine tahkikata müdahale ederek, bu tahkikati kontroldur". Bu organ, görev ve rolü itibariyle, 1834 Cenevre ceza muhakemeleri usul kanununun bugün "İtham Hey'eti"ne kalbolmuş (Chambre d'accusation) "Tahkik Hey'eti" (Chambre de l'instruction) müessesesine fazlaca yaklaşmaktadır. Bu "İtham Hey'eti", müracaat üzerine, savcının kovuşturmayı ve sorgu yargıcının tahkikata (mad. 173 ve son.) müteallik kararlarını kontrol etmekte, tevkif müddetinin uzatılması, ihtilâttan men müddetinin sekiz gününü aşabilmesi konusunda karar vermekte, "mandat de dépôt" kesmekte (mad. 93, 143 ve 154), muvakkaten salıvermeye karar almakta (153 ve son.), tahkikat süresine nezaret etmekte (143 ve 179), icabı halinde tevsii tahkikat (183), men'i muhakemeye karar verip, cinayet davalarında ithamnameyi hazırlamaktadır (150 ve son.). Mevcut sistemin fransız hukukunda yer alan önemli mahzurlarını düzeltme bakımından ne kadar faydalı olursa olsun - Cenevre'de de güdülen gaye bu idi - bu reform, sistemin doğurduğu ve işaret ettiği müzgülüğe bir çare bulamamaktadır; zira savcı, herşeye rağmen, hem mahkemeler önünde itham (projenin 37 ve müteakip maddeleri), hem de bu itham müteallik tahkikatı bizzat yapacak bir organ olarak kalmaktadır; ve üstelikle, bu sistem, tahkikatın, bu tahkikatı bizzat yapan yargıcı aydınlatarak esas müteallik kararını istinat ettireceği aydınlatıcı bir kazaî muamele olarak mülâhazasından beklediğimiz faydayı da sağlamamaktadır. Tahayyül edilen rasyonel ceza muhakemeleri usulü sisteminde ilk tahkikatın oynayacağı rol ise budur.

(1) Le droit pénal soviétique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, 1948 ve 1949, bilhassa no. 2, 1948, s. 261 ve son.

siyasî iktidar elinde bir âlet olması halinde, arzedeceği tehlikenin azameti o vakitten beri belirtilmektedir. Şayet savcı emniyet zabıtası teşkilâtı yanında bir de tahkikat yargıçlığı hey'etini elinde tutsaydı, fonksiyonu, kanunen sahip olduğu imtiyaz, mutlak, günümüzde benimsenen bir tabirle, "totaliter" bir yetkiye kâlbolurdu. Böyle bir tahkikatta da, "leh ve aleyhe" yürütülecek tahkikatın muhtaç olduğu tarafsızlığı sağlayacak mukabil kuvvetten eser kalmıyacaktır. Bu prensibe müstenit, ve Fonteyne'in "Droit et justice en U.R.S.S." (Paris, 1946) adlı eserinde dediği gibi "Devlet savcısı"nın rolünü "bugüne kadar hiçbir cemiyetin yükseltemediği" bir seviyeye çıkararak sovyet teşkilâtı, daha evvel de gösterdiğimiz gibi (1), bu tek taraflı sistemin mahzurlarını ve tehlikeli gerçeğini mükemmel bir şekilde tekit etmektedir.

Fakat, kamu adına kovuşturma ve araştırmalarda bulunacak olan bu organın temel yapısına dokunmak hernekadar şart değil ise de, "savaşsever" karakteri terkedilerek, buna mukabil bu davanın, yüksek sosyal ve endividüel faydayı vazih ve rasyonel olarak "ilmî" bir şekilde aradığı kabul edilirse, bu organın rolü de tamamen başka bir anlam alacaktır. Bizzat müesseselerin bünyesi konusunda yukarıda serdettiğimiz ihtirazî kaydın manası da işte budur. Yargılamanın vasıtasız gayesi bir ceza tatbiki olmadığına göre, savcı da artık zalim, merhametsiz, sadece tatbiki mümkün en ağır cezayı düşünen "kamu ithamcısı", sistematik bir şekilde "hücum eden kimse" olmaktan çıkacaktır. Fonksiyonu da artık cemiyetin öcünü alma ve sanığı kendi beyanlarıyla ilzam değil, fakat hadiseyi makul bir şekilde teşrih olacaktır. Bu fonksiyon, genel menfaatin yönelmiş olduğu gayelerin - önleme, tedavi, ıslah, himaye yahut tecziye - emreder görüldüğü en uygun vasıtalar konusunda, her halin arzettiği özelliğe göre, sükûnet ve teemmülle, karar kılmak, bu tedbirleri almak yahut teklif etmekten başka birşey olmayacaktır. "Kamu selâmeti" anlamı değiştiğine göre, bu istihale ile beraber, biraz sonra izah edeceğimiz gibi, ceza davası da mahiyet değiştirecektir; bu tahavvül zaruridir. Bundan böyle en iyi savcı en fazla korku yaratan değil; fakat en muvazeneli olan kimsedir; ceza davası da artık ihtiras içinde yapılan hırçın bir mücadele olmaktan çıkacak, akli selimin emrettiği bir çeşit teknik muamele halini alacaktır.

1. Her kovuşturmanın ilk ödevi, her ceza davasının ilk merhalesi, şüphesiz, suç yahut sosyal bakımdan tehlikeli addedilen fiili ve bu fiilin failini bulup ortaya çıkarmak olarak kalacaktır. Çoğu davalarda ilk tahkikat ve anket safhasından vazgeçmek imkânsızdır.

Fakat bu safhanın karakter ve vasıtaları da, daha doğru ve sıhhatli bir suç ve suçlu telâkkisine uygun olarak tekâmül edecektir. Suç ve suç-

lu, teolojik yahut enkizitorial anlamındaki “kötülük”, menfur günah, zincire vurulup lekelenmiş, çamura atılmış, rezalet ve alçaklık hurafesinin asırlar boyunca başı üzerine toplandığı “bir kötü insan” olarak değil, antisosyal bir fiil ve insan olarak mülâhaza edilecektir. Görüş zaviyesi değiştiği, tecziye ödevine iştirak eden bütün organlar kovuşturup yargılayacakları kimsede ve bu kişinin davranışında sadece antisosyal bir insan ve fiil görmiye alıştıkları, suçluyu bir çeşit hasta, deli yahut sosyal sapık - ki bu marazi halin kısmî yahut küllî olabileceğini ve hatta bazan nefrete kadar gidebileceğini kabul etmek daha doğru bir hareket olur - saydıkları takdirde, beşerî şahsiyet “hak”, “şeref” ve “garanti”leri daha ender ayaklar altına alınmak şansına sahip olacaktır. Usul hukukunda kendilerinden fazlaca bahsedilen bu mefhumların resmen tanınması ve hatta Dünya Milletler Teşkilâtı önünde kodifiye edilmeleri için muazzam gayretler sarfedilmektedir. Bu söylediklerimiz gerçek olduğu zaman bu mefhumlardan daha az bahsedilecek, fakat bunlara gösterilen hürmet daha ziyade olacaktır. “Mücrim” istihfaf edildiği, ve herşeyden evvel ve herşeye rağmen sahip olduğu **insanlık vasfı**, birçokları gibi zayıf, kötü, sapık yahut bayağı insan vasfı, unutulduğu içindir ki bu vasfı himayeye matuf herşey de hor görülmektedir.

İlmî bir şekilde tanzim ve geliştirmeye, itina ile seçilip yetiştirilmiş, gerçek misyonunu (müdrük, kriminalistik ilminin bugün emrinize koyduğu hakikaten faydalı ve modern vasıtalarla mücehhez bir personele tevdi etmeye karar verildiği zaman bu tahkikat safhasının karakteri tamamen değişecek, tasfiye edilmiş olacaktır. Vazifelerine lâyük manen ve madde-ten seçkin bir polisi, ve “sorguyu yumruklarıyla yapan kötü polis”e ait kaba ve ampirik metodların yerini kat’i bir şekilde almış olan psikolojik ve ilmî metodları birçok defalar hararetle savunmuş olduğumuz için bu konuda ısrarı lüzumsuz buluyoruz. Bu meseleyi, **Revue de criminologie et de police technique**’in bugünlerde Cenevre’de neşrettiği (1949, no. 3) ve avukat Mellor’un adlı “işkence” ve XX. yüzyılda yeniden ortaya çıkışı (Paris, Les Horizons littéraires, 1949) konusundaki, fazla gürültü koparan, kitabı münasebetiyle yazdığımız bir yazıda da uzun boylu inceledik; fazla olarak aynı problemler bu kongrede, programın diğer bir bölümünde, incelenip münakaşa edilmişlerdir. Bu tetkiklerden çıkaracağımız önemli tek netice ve reform şudur: “Kaba polis metodu” ilmî polis mütehassısı lehine ortadan kaybolmalıdır; adli polis lokallerinin merkezi “spontane ikrar odaları” değil, kimyevî, balistik ve teknik araştırma lâboratuvarları olacaktır; matrak ve yumrukla, hırpalıyarak ve aç bırakılarak yapılan sorgu kat’i surette yasak edilecektir, bunların yerini “yalanı kaydeden makine”, “polygraphe” ve aynı prensibe müstenit diğer apareyler vasıtasıyla yapılan hassas, psikolojik sorgu alacaktır; hat-



ta belki - hernekadar bu kanaatımızdan dolayı tenkide uğramış isek de - lüzumlu bütün garanti ve tedbirler alınmak şartıyla, ve hakikaten ağır adi hukuk suçlarında, penthotal yahut diğer zararsız bir madde vasıtasıyla tıbbî narkoz altında yapılacak sorgu yukarıda sayılan kaba metodlar lehine kabul edilecektir. Gayet tabii olarak bu değişiklikler sanığı "mağlûp etmek", onu cezalandırıp cemiyet dışına atmak için değil, bilâkis adaleti aydınlatmak gayesiyle yapılacaktır. Ancak bu aydınlatmadır ki adaletin, bu sanık konusunda, hakkaniyetle, durumunun icap ettirdiği sükûnet, isabet ve rasyonellikle hareket etmesini, bu kimseye "ilgilenip" eğer mümkünse kendisini "kurtarmasını" ve tekrar cemiyete iade etmesini sağlayacaktır. Burada, çoğu zaman mübalâğa edilerek söylendiği gibi, "işkence"den, "gasp"tan yahut "ilmî barbarlık"tan bahsedilemez; durum mecburi kan alımı yahut zührevi analizde olduğundan başka türlü değildir; bu faaliyetlerle daha ziyade profilaksi ve sosyal tedavi alanına yaklaşılmaktadır.

2. Gerçekten, kelimenin asıl anlamıyla bir kimse hakkında "hüküm verebilmek" ve bu kimseye fiilinin ve durumunun icabettirdiği en münasip ferdî tedaviyi, iyi idrak edilmiş şahsî ve genel menfaat mülâhazasıyla tatbik edebilmek için, fiil ve dış şartlardan, ceza probleminin maddî donelerinden sonra, zarureten, şahsî doneleri araştırmak, insanı ve derunî şahsiyetini, karakter ve suç saiklerini, mümkün malûliyetlerini, itiyatlarını yahut her türlü bozukluklarını aydınlatmak lâzımdır. İptidai usûl sistemlerinin "insan fiiliyle ölçülür" (le fait juge l'homme) diyen meselinin aksine olarak, maddî hadise, bizatihi fiil değil, fakat **insan işlediği fiille beraber** mütalâa edilecektir (on juge l'homme dans son action). Bu gerçeği farketmek ve bu görüşün tatbikini sağlayacak vasıtaları tedarik için uzun yıllar beklenmiştir ki, bu da akla hayale sığmaz birşeydir.

a) Mamafih nihayet, hertarafta ve gittikçe artan bir şekilde, İtalyan mektebinin geçen asrın sonunda enerjik ve faydalı bir şekilde üstünde ısrar ettiği suçlunun şahsiyetiyle ilgilenilmekte ve ceza davasında bir "**şahsî dosya**"nın (dossier de la personnalité) mecburi ve muntazam olarak tertibi istenmektedir; bu dosyanın da vazifesi adaleti aydınlatmaktır. Meselâ Belçika Ceza Hukuku Birliği (Union belge de droit pénal) bu yıl Gand'ta, 1949 Nisan'da, istinaf mahkemesi savcı yardımcısı Bay Jacques Matthys'in mükemmel raporunu esas alarak meseleyi münakaşa etti. Hatta Bay Matthys "bazı ceza davalarında suçluya ait bir şahsî dosyanın tesisine müteallik" 10 maddelik bir kanun tasarısı teklif etti (**Revue de droit pénal et de criminologie**, 1949, no. 5, s. 453 ve son.). İsviçre Ceza Hukuku Cemiyeti (Société suisse de droit pénal) de uzun zamandanberi bu mesele ile meşgul olmaktadır, ve 1946 Ekim'de

konuyu münakaşa ederek teferruatlı bir formüler hazırlamıştır. Cürümle mücadelede müteallik etüdler Komisyonu Başkanı polis müdürü Bay Zbinden "Revue suisse de droit pénal"de (Der Leumundsbericht, Revue, 1947, s. 194 ve son.) bu tem üzerine gayet yerinde görüşleri ihtiva eden bir yazı yayınlamıştır.

Keza, gittikçe artan bir şekilde, aile içinde, mektep, meslek yahut mutad içtimai muhitlerde, iyi yetişmiş ve fedakâr yardımcılar, şartla salıvermede deneme devresinin kontrolüyle görevli kimseler (officier de probation), sosyal asistanlar, polisin kadın asistanları (birkaç yıldan beri Cenevre'de mevcuttur) v.s. tarafından yapılacak teferruatlı, ciddi şahsi anketlerin zaruri olduğu hususu kabul edilmektedir. Bu suretle suçlunun hayat ve fiilinin esaslı bir cephesi aydınlanmış olacaktır; içtimai dram, sebepleri ve ilâcı bu anketler içinde tam izahını bulacaktır. Genel olarak, gene gittikçe artan bir şekilde, **müşahede ve mediko-biyolojik, psikolojik yahut psikiyatrik ekspertizlerin** gerçek zaruretini kabulde ittifak edilmektedir. Bu aramaların gayesi beşerî dramı meydana çıkarmak, - insanı ve şahsiyetini, geçmişini, itiyatlarını ve muhitini tanıdıktan sonra - bu kimsenin gerçek tabiatını, davranış ve "inhirafının" sebeplerini, hastalığını iyileştirmek yahut şahsiyetini düzeltmek, meş'um inhirafı tashih etmek, ve mümkünse, cemiyete tekrar intibakını yahut cemiyetteki yerini "tekrar elde etmesini" sağlamak için kendisinin tâbi tutulacağı tedavinin mahiyetini öğrenmek ve bunları hatasız bir şekilde değerlendirebilmektir.

Aşağı yukarı her zaman olduğu gibi doktrin ve pratik, bu alanda, mevzu hukuku adamakıllı geride bırakmış bulunmaktadır. Mutad olarak kanunlar fikir ve âdetlere öncülük edip bunları yaratmamakta, tekâmüllerini, sonunda onları benimseyip hukukî müesseseler haline kâlbetmek için, takip etmektedir. Bibliyografyası bile sahifeler tutacak olan bir **doktrin**'in kaydettiği gelişmeler üzerinde lâfı uzatmak yersizdir; kaldı ki Roma Üniversitesi Cınaî Antropoloji Enstitüsü müdürü ve Milletlerarası Kriminoloji Cemiyeti Başkanı, anormallerin ve küçük suçluların yeniden terbiyesine matuf bir "Médecine pédagogique corrective" (Edizione Didactica, Roma, 1947) müellifi Bay Profesör Di Tullio, yakın bir geçmişte, 1948 Ocak'ta, Paris Üniversitesinde Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Ceza Hukuku Bölümü önünde yaptığı bir takrirde (**Revue de science criminelle et droit pénal comparé**, 1948, no. 2, s. 276 ve son.) "cınaî antropoloji etüdlerinin günümüzdeki durumu"nu ve burada bizi işgal eden meseleleri özetleyip meydana koymuştur.

Tahkikat, cezaî kaza ve suçluların içtimai hayata yeniden intibakı (réadaptation sociale) fonksiyonuna bağlı **müşahede ve mediko-psikiyatrik ve pedagojik ekspertiz servisleri**'ne gelince; bu çeşit servisler ha-

len mevcuttur ve içlerinde gayet dikkate şayan olanları vardır; Valais kantonunda, "Akıl Sağlığı İsviçre Millî Komitesi" (Comité national suisse d'hygiène mentale) ve "Milletlerarası Psikiyatri Cemiyeti" (Société internationale de psychiatrie) başkanı Dr. André Repond'un son zamanlarda tekrar izah etmek fırsatını bulduğu cesur ve nazif görüşlerine uygun olarak kurulmuş olan ve şahsen yakından tanıdığımız servislerin tamamına - "mediko-pedagojik", "adli psikiyatri" ve "sosyal psikiyatri" klinik ve müesseseleri - Malévoz-Monthey tesislerine burada hayranlığımızı ifade etmeden geçemeyeceğiz. Hiç çekinmeden diyebiliriz ki öncü Dr. Repond'un görüşleri İsviçre'de ve diğer memleketlerde (1) yavaş yavaş fakat emin bir surette yol almaktadırlar.

Uzun yıllar müsaadeye müstenit tecrübeler halinde devam ettikten sonra resmen tanınan bu teşekküllere âmme otoriteleri bugün el uzatmış ise de, henüz **mevzu hukuk** kendilerini bir kanun hükmü haline getirip genelleştirmemiştir. Maamafih kanunlar da, mutadî veçhile anormal ve çocuk suçluluğundan hareketle yavaş yavaş bu yola girmektedirler: 1942 de yürürlüğe giren 1937 İsviçre Ceza Kanunu çocuk ve reşitlere müteallik davalarda suçlunun fiilleri, şahsiyeti ve durumu konusunda mufassal **anket'i**, bedenî ve aklî vaziyeti konusunda **ekspertiz'i** yargıç için mecburî kılmıştır (mad. 83 ve 90); bilhassa kantonal muhakeme usulleri bu mecburiyetleri gayeyi müdrük bir şekilde geliştirmiş ve tasrih etmiştir; burada Cenevre'nin verdiği misali zikredebiliriz (7 Aralık 1940

(1) Bk. bilhassa: Ein praktischer Versuch in Psychohygiene ("Psychohygiene, Wissenschaft und Praxis" kolleksiyonunun V. cildi, Edition Benno Schwabe et Cie. Bâle, s. 1 ve son.) ve: Les peines et le traitement psychologique des condamnés, Actes de la Société suisse pour la réforme pénitentiaire et le patronage des détenus libérés) (Yeni seri, fas. 24, Aralık 1946, s. 39 ve son.) ve Malévoz Akıl Hastahanesi yıllık raporları (Rapports annuels de la Maison d santé de Maévoz), bilhassa ek genel sinoptik tabloyu ihtiva eden 1948 yılı raporu.

Müşterek esere candan bağlı, doktor, psikiyatr, hastabakıcı, ziyaretçi hastabakıcı, sosyal asistant ve mediko-pedagojik asistantlar gibi işinin ehli mütehasıs bir personele sahip, direktörünün kutsi imanıyla müteharrik, "belki de yryüzündeki mevcut benzerleri arasında en mükemmeli olan bu Merkez - idare, tedris, vesayet ve çiraklık otoriteleri; sinir hastaları, aklen zayıf ve sağır - dilsizler, alkolik, tedavisi gayrimümkün aklen geri kalmış kimseler ve müşkül çocuklar v.s. için kurulmuş tedavi evleri ve müesseseleri; hukukî ve sosyal kantonal servis, mahkemeler, cezaevleri ve patronaj, relevman ve plâsman müesseseleri idareleriyle irtibat halinde - ihtimamının tatbikat bulduğu kantonal faaliyet sahası içinde rastlanan psikopat, dejenere yahut mücrim her insanı, ta mektepten itibaren sistematik ve koordine bir şekilde müşahede ve takip etmekte, bu kimselerin malûliyetini meydana çıkararak teşhis koymakta, keşif ve muayene, tedavi ve kendisini kurtarmağa ve cemiyet içine tekrar yerleştirmeğe gayret etmektedir.

Çocuk Ceza Mahkemesine müteallik kanun, mad. 11 ve 13). Keza federal muhakeme usulü kanunu alınacak kazaî tedbirleri tanzim gayesiyle sanığın sağır-dilsiz yahut muhtemelen sar'alı olması hallerinde, ve genel olaraksorgu yahut karar yargıcının sanığı nsorumluluğu üzerinde şüpheyeye düştükleri her halde (mad. 13) **eksperlere** müracaatı empoze etmektedir. Eksperler sanığı muayene edip durumu hakkında yargıca rapor vermek ve kendisinin bir hastahane yahut benzeri bir müesseseye yerleştirilmesi, ve âmme emniyeti ve nizamı bakımından arzettiği tehlikeye binaen enterne edilmesi lâzım gelip gelmediği hususunda fikrini bildirmekle görevlidir. Cezai müeyyidenin karar altına alınmasını tanzim eden genel kısmın ana hükmü mucibince yargıcın cezayı "sanığın cezaî ehliyetine göre, suç saiklerini, bu sanığın geçmişini ve şahsî durumunu da hesaba katarak" (mad. 63) tesbit etmek mecburiyetinde olmasına binaen, bu zaruret, bu mecburiyet normal ve büyük suçlular konusunda da gözönünde tutulup kabul edilmiş demektir. Bu hükmün de neticesi yargıcın, ihtiyaç anında, bu konudaki malûmatları anket yahut ekspertizlerle temin edeceğidir; ve hapse mahkûm edildikten sonra, tedavi ve cemiyet hayatına tekrar intibakı için iş esasına müstenit bir terbiye müessesesine gönderilecek olan (mad. 43, numara 1), tedavisi ancak bu yoldan mümkün görülen suçlu konusunda kanun vazı sarıh ve emperatif şöyle bir hüküm vazediyor: "Yargıç sanığın bedenî ve aklı durumunu, çalışmaya olan istidadını peşinen tetkik ettirecek ve yetişme tarzı ve geçmişi üzerine şüpheden âri, kesin malûmat toplıyacaktır". Bunlar sarıh kaideler, müktesep prensiplerdir; bundan sonra yapılması lâzım gelen tek iş bu prensipleri esprilerine uygun olarak geliştirmektir. Bu kaide ve prensiplerin, nev'ileri ne olursa olsun, her çeşit suçlu konusunda, ve bilhassa yargıcın "sapık yahut tehlikeli" (mad. 117) bir şahısla mı, yoksa "cürme, yolsuz harekete yahut tembellige temayül gösteren" ve adi ceza ile ıslahı imkânsız görünen (mad. 42) bir "itiyadî" suçlu ile mi karşı karşıya bulunduğunu tesbit için kullanılması lâzımdır.

b) Kanaatımızca, söz konusu ettiğimiz bütün bu operasyonlar - ki mahiyetleri itibariyle nihai kararı hazırlayan "bilgi toplama" (information) yahut tahkikat (instruction) muameleleridir - normal olarak davanın bu ilk safhasında yer alacaklar, ve tahkikatla görevli yargıçlar tarafından yapılacaktır. Yargıç bu görevin icrasında, aydınlanması için ihtiyaç hissettiği eksper ve yardımcılarla iş birliği edecektir. Bu muamelelerin ifası sureti kat'iyede "yargılama" safhasına ait bir husus değildir; zira yargılama safhası bir anket, müşahede, hadise ve ispat vasıtalarının tespiti yahut "son tahkikat" safhası olmayacaktır. Bu sadece ilk araştırma faaliyetlerinin - ki bunlar bu safhaya gelinceye kadar sona

ermiş olacaktır - meyvasına müsteniden yapılacak derin bir tetkik ve olgunlaşmış karar safhasıdır. Bizim anladığımız manadaki ceza davasının bizzat temeli ve mükemmel her hükmün "sine qua non" şartı olduğuna göre, bütün alanlarda yapılacak bu derin hazırlığı gayet tabii olarak hiçbirşeyin hudutlamaması lâzımdır. Halbuki günümüzde durum çoğu hallerde bunun aksidir.

Üstelik, sistematikman mütecaviz karakterini, sadece "aleyhe" yöneltilen tahkikat vasfını kaybetmiş, ve yukarıda izah edildiği gibi tadile uğrayıp yenilinmiş bir muhakeme usulü içinde tahkikat ve yargılama fonksiyonlarını muhakkak birbirinden ayırıp ayrı ayrı yargıçlara tevdi etmek için hiçbir sebep görmüyoruz. Bilâkis durum tamamen bunun aksi olmalıdır! Birçok usul kanunlarında olduğu gibi, tahkikat ve karar görevlerinin birtek yargıçla toplanması garipsenmekte hatta bu durumdan şoke olunmaktadır. Bu durum bizzat kendi ithamının tahkikatını yapan savcının haline benzetilmekte ve bu sıfatla itiraza uğramaktadır. Halbuki bundan tabii ne olabilir? Tahkikatını mükemmelen yapan yargıç bu tarz hareketiyle - sadece kovuşturma ve taleple görevli savcı gibi - hakiki rolünden çıkmıyacak, bilakis bu suretle vazifesini muvaffakiyetli bir şekilde bitirmiş olacaktır. Davayı, hadiseleri, sebeplerini ve neticelerini, suçluyu, ıslah şanslarını ve mükerrirlik ihtimallerini kendisinden daha iyi kim tanıyıp bilebilir, ve - meslekî bakımdan kalifiye, ahlâkî bakımdan dürüst ve siyasî bakımdan bağımsız olmak şartıyla, ki bu muhakkaktır - münasip cezaî tedaviyi tatbik ve neticelerini takip ve kontrol için bizzat gördüğü, sorguya çektiği, tetkik edip sondajlarda bulunduğu kimseyi mükemmel bir şekilde yargılayabilmek için kim kendisinden daha ziyade yeterlidir? Ve eğer, uzun müddet müşahede altında tutma yahut hapis gibi neticeleri sanık ve sanığın yakınları için ağır olacak mühim bir tedbir önünde tereddüde düşülmesi halinde, kararın, tahkikatla görevlendirilen delege yargıcın raporu üzerine, münakaşadan sonra ve tahkikatın açık bir şekilde ortaya koyduğu durumun heyeti umumiyesini göz önünde tutarak, bizzat yargılamayı yapacak mahkeme tarafından alınması ve bu mahkemenin bütün sorumluluğu böylece yüklenmesinde bariz bir avantaj ve ciddi bir teminat yok mudur? Mahkeme bu konuda tarafları dinledikten ve kendilerine iddialarını tevsik fırsatını verdikten sonra icap ederse kabili istinaf bir karar yahut ihzarî bir hüküm veya bir "karine kararı" (interlocutoire) verecektir. Bu söylediklerimiz medenî hukuk sahasında kolayca ve iyi bir şekilde, tenkide uğramadan yahut hissedilir mahzur arzotmeden tatbik edilegelmektedir; ve hatta bu temayül gittikçe genelleşmekte, en iyi ve en âdil hal çaresi olarak kabul edilmektedir. Çocuk suçluluğu sahasında Cenevre Mahkeme-

mesinin verdiği misal bize burada da dikkat ve taklide şayan görünmektedir.

3. Karar ve yargılama safhasında da daha bir sürü değişiklik yapmak icabetmektedir. Mahkeme teşkilâtında da, mahkeme önünde takip edilecek usûl ve verilecek kararda da herşeyin yeni baştan ele alınması lâzımdır.

a) Herşeyden evvel şu hususu belirtmek lâzımdır ki, tepeden tırnağa yenilenip yeni gayelere yönelmiş bir hukuk içinde bundan böyle ortaya çıkacak ceza problemi, dürüst akliselimi ve hüsnüniyeti ne olursa olsun, "lâik" in, "vasat vatandaşın" mutlak surette yetkisi dışında kalmaktadır (1). Ferri'ler, Garofalo'lar, Tarde'lar da bu hususu büyük bir ustalık, zengin deliller ve ikna kuvvetiyle belirttiler; bu sebepten aynı konu üzerinde şahsen ısrarı lüzumsuz buluyoruz. Bugünün ceza problemi, yukarıda da gösterdiğimiz veçhile, lâzım geldiği gibi "ihtisaslaş-

(1) Bu ihtilâflı problemi yeniden ele alıp nihai ve tam bir şekilde tetkik etmek istiyen İsviçre Hukukçular Cemiyeti genel kurulunda (aynı meseleyi 1863, 1881, 1889 ve 1931 yıllarında da federal usul kanununda yapılacak reformlar münasebetiyle de kısmen tetkik etmiştir), 1938 Eylül ayında yapılan bir münakaşa esnasında 200 sayfayı geçen bir etüd içinde jüri meselesini, yetkisizliğini, ve mütehassıs ve muktedir ceza yargıçlarından müteşekkil bir mahkeme lehine bu müessesenin lâğv edilmesi lâzım geldiği zaruretini, bir daha bu konu üzerine dönmekten bizi alıkoyacak bir şekilde tetkik ettik. Ovakit de beyan ettiğimiz veçhile, mühim olan cihet "evveleminde mücrim için değil, fakat adalet için kurulmuş bir kaza" aramaktır, ve "cemiyet de en aşağı mücriminkilere eşit haklara sahiptir." Aynı vesile ile büyük batoniye Braffort'un da kanaatini hatırlatmıştık; Braffort'a göre "bu fonksiyonun demokratik karakterini bu fonksiyonu yürütecek olanların yetersizliğiyle elde etmek cidden teessüfü muciptir". Ve vardığımız netice de şu idi: "adalette teşeyyü" (Saldana'nın ifadesiyle) ve "adaletsiz adalet saltanatına" son vermek için yapılması lâzım gelen yegâne şey vazifelerini gerektiği gibi yürütebilecek kalifiye, iyi yargıçlara sahip olmaktır; istediğimiz "gerçek yargıçların yürüttüğü gerçek bir adalettir". Bk. "Le jury et les tribunaux d'échevins en Suisse" üzerine raporumuz, ve Zürih Üniversitesi profesörlerinden Bay Pfenninger'in cevabı ve Genel Kuruldaki münakaşalar, *Actes de la Société suisse des juristes* ve *Revue de droit suisse* mecmualarında (Editions Helbing et. Lichtenhahn, Bâle, 1938, Graven, s. 1 ilâ 213; Pfenninger, s. 698 ilâ 747; Münakaşa, s. 817 ilâ 873). Herne kadar çoğunluk jüri aleyhine teşekkül etti ise de, kurul, ceza muhakemeleri usulü alanında kantonal imtiyaz ve hükümlerliliği (bu husus federal Anayasasının 64. maddesi tarafından teminat altına alınmıştır), ve jürinin daha birkaç kantonda müstefit olduğu hissi ve politik bağlılığı nazarı itibara almış olmak için, kendisine takdim ettiğimiz netice ve hal çareleri üzerinde rey izhar etmeyi münasip görmedi. Zaten jüri müessesesi İsviçre'de, Tessin, Bern, Neuchâtel kantonlarında olduğu ve 25 Kasım 1941 Fransız kanununun da bir sürü münakaşa ve mukavemetten sonra yaptığı gibi, gitgide "échevinage" yahut "assessorat" haline inkilâp etmektedir.

mış ve gerçek vazifesine münhasır kılınmış", malûmatlı, kriminalistler nezdinde uzun ve gerçek bir "çıraklık devresi" geçirmiş, kriminoloji tahsili ve cinaî "klinik" yapmış, kendisine verilen kompleks vazifeyi çözmeye gerçekten muktedir bir yargıçlar heyetine ihtiyaç gösterdiğinden jüri müessesesi ile uzlaşamayacaktır. Masum bir hayranlıkla muhakeme usullerimize ithal edildiği sırada jüri müessesesinin bu kanunlar içinde sahip olduğu prestiji yapan şey "ferdî idrakin, aklı selimin, içgüdünün yanılmazlığına olan optimist inanç" idi. Halbuki bu inanç, bu hurafe ceza probleminde kendini göstermiye başlayan yeni güçlük ve zaruretler önünde çöküp, yıkılmıştır. Bu yeni güçlük ve zaruretler önünde, Tarde'in da dediği gibi "gerçeğin, aydınlanmamış ve muhakeme etmiyen vicdan tarafından farazi keşfi" kudretsiz ve tamamen kifayetsizdir. Artık bugün önemli olan cihet "doğruyu söylemek", diğer bir deyimle yalnızca maddî hadiselerle istinat ederek gerekçesiz ve izahsız bir suçluluk yahut masumiyet "kararı" vermek değildir. Oysa ki bidayette jüri sadece böyle bir karar vermek için ihdas edilmişti; bu da basit ve kolay, yani ilmî hiçbir mahiyet arzetmiyen bir ödevdi. Jüriden de beklenecek şey ancak bu olabilirdi. Halbuki günümüzde durum tamamen başkadır! Kriminoloji ilmi ve bu ilmin muhtelif kolları ceza yargıcının gözleri önünde, tabir caizse, başdöndürücü bir şekilde açılmaktadır. En kalifiye pratisyen ve müellifler, bu ilmi en iyi tanıyan kimseler bu disiplinlerin hudutlarını çizmek için, bu ilimler konusundaki her türlü şüpheyi izale etmek için hâlâ muazzam gayretler sarfetmektedirler. İşte ceza yargıcı baştanbaşa vukuf ve incelik olan ödevinin emrettiği kararı alabilmek için bu dalların anlaşılmaz dilini çözecektir. "Jürinin musahhah ve antidot"u "eksper" - genel anlamında - onun "gelişmekte olan halefi olacaktır". "Ceza felsefesi"nin bu konudaki parlak formül ve izahları herkesin malûmu olduğu için bu faslı tekrardan vazgeçebiliriz (Yargılama, s. 450 ve son.). "Bilgin olduğunu kabul eden bir asrın, gayet bol olan suçlularını da bilgince yargılaması lâzımdır... İlim, hükümran olsa bile sonunda cehalete galebe çalacaktır."

b) Vazifesini evvelâ idrake, sonra da hâkim olup çözmeye muktedir bu kaza önünde, mezkûr vazifenin "realist bir şekilde" ele alınıp bitirilmesi lâzım gelmektedir. Sözlerimizin başında da söylediğimiz gibi yeni usul hukuku içinde duruşma da (yargılama safhası) tamamen mahiyet değiştirecektir. Hadiseleri baside irca eden "suç-ceza" tezadı gibi, kısır ve yanlış "itham-savunma" tezadını da ilga etmek lâzımdır. Bu görüş, Fransa'nın savcılık müessesesini icadından beri - müessese, Montesquieu'nün de haklı olarak teslim ettiği gibi, haddizatında mükemmeldir - asırlar boyunca tarafları "düelloocular" yahut Homer'in muharipleri gibi

birbirinin karşısına dikmiştir. Gene bu telâkki neticesindedir ki taraflar mevhum bir hat yahut "barre"ın iki tarafında yer alıp, düşman iki "ordugâh" misali, birbirini şiddetle sorguya çekip tehdit etmektedirler. Prensibin bu şekilde vaz'ı bütün davayı berbat etmekte, yanlış yollara götürmektedir; müteaddit defalar tekrar ettiğimiz gibi ceza davası suçluya karşı açılmış olan bir mücadele değildir. Bu dava, gerçek için, suçluya tatbiki lâzım gelen tretmanın menfaatine girişilmiş bir mücadele olacaktır. Ceza davasını devlet otoritesinin tavassutuyla yapılan "bir hesap görme" yahut Tarde'in dediği gibi "bu zararlar mübadelesinin" çözümü haline sokan eski fiksiyona da son vermek lâzımdır. Taraflar, yani bir taraftan zarara uğradığı iddiasında bulunan cemiyetin temsilcisi savcı ile bu savcının mukabil bir zarara uğratmak istediği sanık mezkûr problem üzerinde tartışıp, savunmakta ve birbirlerini tehdit etmektedirler.

Şekli ve maddi ceza hukukunun "pozitif" reformuna öncülük edenler bu reformun istikametini görmüş ve belirtmişlerdi: "Günümüz itham ve savunma sistemi iptidai ve barbardır. Hadiseler tespit edildikten sonra yargıç mücrimin sapıklık derecesi, tabiatı, arzettiği tehlike üzerinde bir teşhiste bulunacaktır. Böyle bir teşhis için itham ve savunmanın ne gibi bir faydası olacaktır? Yapılacak şey sadece bizzat mücrimin ve geçmişinin etraflı tetkikidir. Bahis konusu olan şey sadece sabır ve ihtimamla yapılacak ve teferruatları ihmal etmiyecek bir ankettir. Bütün komisyonlarda olduğu gibi, azalardan biri raportör vazifesini görecektir fakat bunun yanında komisyonun diğer azaları da sanığı inceleyeceklerdir." İşte Lombroso "Application de l'antropologie criminelle" adlı eserinde Garofalo'nun ana fikirlerini bu cümlelerle özetliyordu; son celsenin aşağı yukarı bu şekilde, dokümanları veya mikroskopları üzerine eğilmiş bir "komisyon" çalışması halinde cereyan etmesi lâzım gelmektedir, yoksa asabi ve faydasız "duruşmalar" kisvesi altında değil (1). Mademki memleketimizde "Thémis mabedinin" eski hayali vaktini doldurmuş birşey olarak gülünç bulunmaktadır, o halde "mahkeme"de, gazete adlı sütunlarının çoğu zaman yaptığı gibi, bir temsil salonuna, yahut herkesin öfkeyle bağırıp çağıracağı bir umumî meydana değil, bir "araştırma lâboratuvarına" veya "cezaî terapötik" kliniğe benzemelidir. Burada sükûnetin, tarafsızlığın, yetkinin ve sorumluluk hissini hâkim olması; havanın vakur, sakin, hayırhah ve gösterişsiz olması lâzımdır;

(1) Burada anglo-sakson adli sistemi ve İngiliz ağırceza mahkemelerini konu etmiyoruz. Sir Maurice Sheldon Amos'un "İngiliz Adaleti" adlı küçük kitabında da (Paris, Editions politiques, economiques et sociales, 1947, Procès: criminel, s. 30 ve son.) gösterdiği gibi vekar ve saygı dolu bu mahkemelerden daha iyi bir şekilde ilham almalıydık.



böyle bir davada günümüzdeki anlamıyla ne "ithamnameye" ne de "iddianameye" ihtiyaç vardır; keza aynı şekilde "savunma" ve "müdafaamenin" de burada oynayacak hiçbir rolü yoktur. Bu "savunma" ve "müdafanameler" ortada bulunan önleme, tedavi, ıslah ve himayeye müteallik gerçek hukukî ve sosyal problemi bertaraf yahut ihmal ederek, sürpriz yaratacak bir beraat kararının imkânsızlığı halinde, gayrızahı hafifletici sebepler veya mecburi bir tecil koparmağa yönelmiş bulunmaktadır.

Tarafların duyurduğu sesin, müşahede ve itirazlarının, teklif ve taleplerinin faydalı ve hatta zaruri olduğu aşikârdır; ve karar verip hükmedecek bir hakem durumunda olan yargıç bunları dinlemek mecburiyetindedir. Amme "temsilcisi", sanık "müşaviri" - "âmme ithamcısı" ve "müdafi" tabirlerini yersiz bulduğumuz nisbette, gayet asil ve doğru, ölçülü olan bu tâbirleri de okadar beğeniyoruz - ve bizzat sanık, yargıcın fayda mülâhaza ettiği her halde, hadiselere ve delillerine, sanığın şahsiyet, karakter ve cezaî ehliyetine, hukuka ve bu hukukun hususî durumuna yapılacak tatbikine, müeyyideye yahut alınacak tedbire, bunların kalite ve müddetine, nihayet hakikaten faydalı bir müsamaha yahut beraat sebebinin meşruluğuna temas eden bütün noktalar üzerinde düşündüklerini söyleyeceklerdir. Bir kelime ile taraflar, önüne delillerini serdikleri mahkemeye tevdi edilen **mahsus ödev** üzerine düşündüklerini "objektif bir şekilde" beyan edeceklerdir; ve delillerini arzederek, yargıca araştırma ve teşhisinde faydalı olacak bir şekilde davranacaklardır, yoksa onu vazifesinde güçlüğü uğratacak yahut araştırma ve teşhisini yanlış yola sevkedecek tarzda değil. Yargıcın yardımcıları olma doğru ve imanla gayret ettikleri takdirde savcının ve avukatın fayda ve otoritesi de artacaktır: Karara iştirak eden üç eleman beraberce ve gayretlerini aynı noktaya tevcih ederek en doğru ve en iyi hal çaresini, yani hukuk, bu hukuku ihlâl eden kimse ve bu ihlâlden müteessir olan cemiyet için en faydalı olacak çözümü bulacaktır.

c) Böylece bütün meseleleri gözden geçirdikten ve dava da gerçekten "yargılanabilir" bir hale geldikten sonra, dosya muhteviyatına vakıf yargıç tahkikatın ve hazırlık safhasının kapandığını ilân edecek ve kararını alacaktır. Bu karar herkesi yormuş ve bezdirmiş, geç vakte kadar devam eden bir duruşmanın ateşi ve şamatası içinde değil, fakat yeter miktarda teemmülden sonra, gayet iyi bir şekilde adlandırılmış olan "iştişare odasının" (Chambre du conseil) sükûnu içinde alınacaktır. Bu karar sosyal ve moral bir "mahkûmiyetin" intikamcı ve terhibî karakterinden ziyade istikbale muzaf basiretli bir "ordonnance", kâmil bir "hüküm" karakterini taşıyacaktır. Mükemmel bir surette yaptığı tahkikat-

tan, ve suç ve failine müteallik şahsî ve fiilî şartları gayri kabili müna-kaşa ve cerhi imkânsız bir şekilde kat'i olarak tetkik ve tespit ettikten sonra sanığın hiçbir tehlike arzemediğini, ve gerek sanık gerekse ailesi menfaatlarına fevkalâde zararlı olabilecek olan bu lekeyi sürmeden de ıslahın teminat altına alınabileceğini görerek formel bir mahkûmiyetin faydasızlığına kanaat getirdiği takdirde yargıcı bu sanığı muhakkak "mahkûm etmiye" zorlamak için hiçbir sebep yoktur: Biz yalnız mahkûmiyetin yani cezanın (İsviçre kanununun 41. maddesindeki anlamında) **infazını** tecile değil, fakat aynı zamanda, isabetle tespit edilmiş muayyen bazı hallerde, bizzat **mahkûmiyetin** de teciline taraftarız, ve bunun zaruretine inanıyoruz. Hatta muvaffakiyetle geçirildiği ve ıslahı gösterdiği takdirde herşeyi silecek olan tecrübe devresinde de sanığın nezaret altında kalmak şartıyla serbest bırakılmasını sağlayacak bir kararın faydasına inanıyoruz. Eğer sanığın herhangi bir şekilde serbest bırakılması mümkün değilse, yargıç kendisini "mahkûm etmek" mecburiyetinde ise, bu mahkûmiyet mukabeleibilmisil karakterini haiz ve zillet fikriyle yekvücut bir "ceza"ya değil, fakat daima kurtarıcı bir tedbire olmalıdır. Fransız Ceza Kanununun (mad. 7) "terhibî ve terzilî cezalar" arkaik mirası bu kanunun en vahim ve meş'um hatalarından biridir; kürek cezasına müteallik 15. maddesi, bugün bile, ikişer ikişer zincire vurulmuş, Toulon ve Brest limanlarında güllelerini sürükliyen mahkûmları hatırlatmaktadır ki, bundan da hicap duymak lâzımdır. Siyasî ve medeni haklardan iskat yahut bu hakların ziyayı muayyen ağırlıktaki mahkûmiyetlere otomatik olarak bağlanmaktadır; bunların muayyen bazı davalarda, ki bu hallerde tatbiki faydalı tedbirler mahiyetini iktisap edeceklerdir, sarıh bir hükümlerle verilecek müstakil cezalar haline getirilmeleri lâzımdır.

Kazaî her kararın, hatta bir duruşmayı talik eden kararın bile bir gerekçeyi ihtiva etmesi lâzım geldiğini ilâveye bilmem ihtiyaç var mıdır? Bilhassa nihai kararlarda, bu kararın mahiyeti ne olursa olsun, ister tecil yahut beraati ihtiva etsin, ister ceza yerine geçecek bir tedbiri yani tıbbî bir gaye ile hastahaneye yatırma yahut toplumu himaye gayesiyle bir müesseseye kapatmayı hüküm altına alsın, böyle bir gerekçe muhakkak şarttır. Gerekçeden kastımız, kararın ciddi, sarıh bir esbabı mucibeyi ihtiva etmesidir; yoksa yalnızca kanun maddelerini yahut bu maddelerin metnini iktibas veya kopye eden, yahut hiçbir hususî anlamı olmıyan ve ne yargıcın kararını ne de bu kararın mucip sebeplerini hiçbir surette aydınlatmıyan, beylik ve sabit klişeler haline gelmiş muayyen formüller - "iddia sabit olduğundan naşi" veya buna benzer birşey - değil. Ne gibi sebeplere binaen alındığını göstermiyen kararın, vazih, sağlam ve kat'i sebeplere dayanmadığından her zaman şüphe edilebilece-

ği haklı olarak belirtilmiştir; kararlarda keyfîlik gerekçe yokluğundan neş'et etmiyorsa, gerekçe yokluğu doğrudan doğruya keyfiliğe götürecektir. Eski Fransız rejimi, bütün tahakkümüne rağmen, 8 Mayıs 1788 tarihinde parlâmentoda kabul edilen ve "son nefesini vermekte olan monarşinin son lûtfu" olarak adlandırılan meşhur fermanla bütün ceza hükümlerinin bundan böyle gerekçeli olacağı mecburiyetini koymuştu. Bu meselenin hâlâ tartışma konusu olmasını ve hatta, zaman zaman, münakaşa edilmek üzere yeniden ortaya çıkmasını bir türlü anlayamıyoruz. Filhakika 1947 yılında Cenevre'de toplanan V. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde Belçika heyetinin değerli başkanı, istinaf avukatı ve Ceza Hukuku Belçika Birliği ikinci başkanı Bay Simon Sasserath aynı probleme bir defa daha temas etmek zorunda kaldı, ve usul hukukunda yapılacak reformlar arasında bu reformun da etüdünü teklif ederek müteakip kongrenin dikkatini bu nokta üzerine çekti (cf. Kongre zabıtları özeti, **Revue internationale de droit pénal**, Paris 1947, özel sayı, genel münakaşa, s. 21); Bay yargıç Versele de aynı konuyu "Esquisse d'une procédure pénale" adlı yazısında tekrar ele aldı (**Revue de droit pénal et de criminologie**, 1948, no. 5, adı geçen yazı, s. 450). Emperatif bir metnin, bugüne kadar, meselâ 15 Haziran 1934 tarihli İsviçre Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Federal Ağırceza Mahkemesi kararları konusunda teferruatlı bir şekilde yaptığı gibi (mad. 178 ve 179), her yargıca kararlarını sarih olarak "gerekçelemek" mecburiyetini yüklememiş olmasını; ve günümüzde vatandaşların mukadderatı üzerinde karar verecek olan bir âmme otoritesinin bu vatandaşları sadece mutlakiyetin "quoniam ego nominor leo", "keyfî irademiz budur" veya "kararım budur" gibi beylik formüllerinden biriyle hükmederek hapis haneye, tecrit evine yahut bir akıl hastahanesine gönderebilmesini; keza aynı şekilde üzerlerine çöken kontrol edilmiş ağır delil ve ithamlara rağmen bu vatandaşları beraat ettirebilmesini bir türlü anlayamıyoruz.

Yargıç herkes gibi, ve hatta herkesten daha ziyade, mühim neticeler doğurabilecek kararlarının **sıhhatini ispat etmekle** vazifelidir; oysa ki bu kararlar hiçbirşeyin kıramıyacağı "kaziyei muhkeme" otoritesinden ve kendisine yöneltilecek her tenkidin muvaffakiyetsizlikle neticeleneceği "gerçeklik farziyesinden" müstefit olmaktadır. Niçin mahkûm ettiğini yahut beraat ettirdiğini, neden şuna değil de falan tedbire yahut filân cezaya hükmettiğini yargıç söylemekle mükelleftir. Və, sabit yahut nisbeten sabit cezalarla bağlı olmadığı - ki bu takdirde bu cezalara atıflar yapmak belki kâfi gelebilirdi - (meselâ Fransız Ceza Kanununun 302, 304 veya 381. maddelerinde olduğu gibi), fakat bilâkis, müteaddit ve her şekle sokulabilir kanun maddeleri arasında, meselâ bilhassa İsviçre hukukunda olduğu gibi cezalar, emniyet tedbirleri ve diğer tedbir-

ler (mad. 32 ve son., 42 ve son., 57 ve son.) arasında seçim yapacağı, mahiyet itibariyle mütenevvi (ağırhapis, hapis yahut para cezası) ve maksimum ile minimum arasında oynayıp nisbeten gayrimuayyen (hususî kısmın aşağı yukarı bütün maddelerinde durum böyledir) cezalar arasında karar kılacağı, bazan kanunî azami hadle ne de sarîh bir kanun maddesiyle bağlı olmadan (mad. 48/1 ve 50 fık. 2) para cezasıyla hürriyeti tahdit edici cezayı imtizac ettireceği bir hukuk içinde - böyle bir hareket ve takdir serbestisi ve bu derece kompleks ihtimaller içinde - yargıç kendini izah etmekle de vazifelidir. Fazla olarak, bu hadise ile ilgilenecek mahkûmun, üçüncü şahısların, hapishane otoriteleri ve idarî makamların, mutat kanun yollarından biriyle (istinaf, temyiz, iadei muhakeme) kararın önlerine götürülebileceği kazaî otoritelerin yargıcın meramını öğrenip kontrol edebilmeleri, onun hangi niyet ve gaye ile bu manada karar kıldığını bilmeleri isteniyorsa bu vazife gerçek bir zaruret haline gelecektir. Bay profesör Donnedieu de Vabres'in tabiriyle "bugünün adaleti" ne sihirli bir kuvvete sahiptir ne de sımsıkı kapanmış bir ilimdir; aynı mülâhaza "yarının adaleti" için de varittir. Adı geçen profesör aynı başlığı taşıyan küçük kitabında (Paris, Collin, 1947) günümüz adaletini büyük bir vuzuhla özetlemekte ve yarının adaletine de maalesef temkinli birkaç anten uzatmaktadır. Bu adalet yalnız tevzi edilmekle kalmamakta, aynı zamanda kendini açık bir şekilde herkese göstermektedir. Ve bu adalet görevini yürütecek olan yargıç reçetelerini, Molière'in doktoru gibi, cevherini ihtiyatlı bir şekilde saklıyarak sun'i ve haşmetli otoritesini sağlamak gayesiyle, kısaltmalar yahut itibarî veya teknik yahut Lâtince birkaç kelime ile yazmıyacaktır.

d) Rasyonel olarak organize edilmiş ve yalnızca en iyi kararın alınması gayesine müteveccih bir usul hukuku içinde, yargıç kararının, aynı gerekçe konusunda olduğu gibi, hiyerarşik üst bir kazaî kontrolden kurtulabileceğini de kabul etmiyoruz. Üst mahkemenin zarureten daha iyi ve daha emin olmayabileceği ve ilk karardan daha doğru bir kararı zarureten vermiyebileceği gibi nispeten kolay bir paradoks kullanılarak bu kontrolün ve arzettiği teminatın kıymetine bazan itiraz edilmektedir; hükmün kalitesinin yargıçların kalitesine bağlı olduğu, yoksa bu yargıçların sayısı yahut mahkemenin derecesi ile ilgili olmadığı; bu tarzda hareketle her yere iyi yargıçlar tayin ederek hiçbir zarara maruz kalmadan - sadelik, çabukluk ve masraflarda yapılacak tasarrufun temin ettiği faydalarla birlikte - "çift dereceli" kazanın lâğvedilebileceği söylenmektedir. Bu muhakeme tarzının doğruluğuna ve bu manada bir basitleşmenin faydalı olacağına inanmıyoruz; bilhassa hukuk gittikçe güçleşmekte ve yargıçların, hususiyle yüksek mahkeme yargıçlarının, seçimi daha ağır

meslekî şartlara tâbi kılınmakta ve bu seçim daha titiz bir karakter almaktadır.

Çift bir tetkikin, muayyen bazı hallerde, faydalı, zarurî, gayri kabili içtinap olduğunu ve kazaî hiyerarşi içinde yükselerek yapılacak yeni bir tetkikin inkâr ve ihmal edilemeyecek garantiler ve avantajlar sağladığını kabul ettirmek için akli selim tecrübe ile ittifak etmektedir. Bu müesseselerin maruz kalabileceği ve burada teferruatına giremeyeceğimiz bazı usul ve bünye reformları mahfuz kalmak şartıyla, işleyişlerini yakından takip etmiş olmaklığımız hasebiyle, istinafın faydalı, ve eğer kanun mühim herhangi bir noktada gerçekten kötü tatbik edilmiş görünüyorsa, dosya heyeti umumiyesinin yeniden tetkikinden sonra, ilk hükmün ıslah yahut tadilinin alelade davalarda çoğu zaman zarurî olduğuna; kanunun sarih maddî yahut şeklî hükümlerinin ihmal yahut ihlâl halinde temyizî gayri kabili içtinap olduğuna, ve böylece kanunu ihlâl ederek verilen kararın, cevheri itibariyle fasit ve keenlemyekûn olmasına binaen, yeniden verilmesi için iptali lâzım geldiğine; karar kaziyei muhkeme haline inkilâp ettikten sonra yeni ve istisnai durumların meydana çıkmasıyla bu kararın maddî bazlarının hata ile malûl olduğu ve bizzat kararın hatalı olup istinatgâhlarıyla beraber düştüğü tespit edildiği takdirde iadei muhakemeden vazgeçmenin gayri mümkün olduğuna inanıyoruz. Ceza hukukunda ve bu hukukun ceza politikasına müteallik vasıtasız gayelerinde vuku bulacak değişiklikler ne olursa olsun bu prensipler daima bâki kalacaktır.

4. Herşeyde olduğu gibi, “adlî dram”ın da, yargıç tarafından alınan kararın da bir “épilogue”u, son merhalesi vardır. Yargıç tarafından alınan kararın usul hukukunun vazifesini **sona erdirmesi**, bu hukukun bu tarzda tanzimî akli selime aykırıdır; bu karar antisosyal fiilin faili suçluya tatbik edilecek olan tretmanın yalnızca bir safhasını - tamamen usulî ve adlî safhayı - sona erdirmektir. Uzun ve âlim çalışmalarından sonra koyduğu teşhis ve tespit ettiği en uygun tedavi şekli üzerine tavsiye ettiği tretmanın infaz ve neticeleriyle ilgilenmeksizin müşterisini kayıtsız şartsız eczacıya, masöre yahut hastahane müdürüne terkeden, ve kararın, hastanın ve hastalığın müteakip kontrolünü ihmal eden doktor hakkında ne düşünülür? Doğruyu söylemek lâzım gelirse burada artık yeni bir safha, en az kendinden evvelki kadar önem arzeden post-pénale (ceza-sonrası) safha başlamaktadır; zira hayır veya şer, muvaffakiyet yahut muvaffakiyetsizlik nihaî olarak bu safhanın mahsulüdür, ve bu safhanın nezaret ve sorumluluğu da teşhis ve karar sahibine aittir. Yargıcın cezanın infaziyle ilgilenmesini ve bu infaza iştirakini sağlamağa, “sorgu yargıcı”, “tahkikat safhası yargıcı”, “karar yargıcı” ve “iti-

raz yargıcı” fonksiyonları yanında bir de infazı “nezaret yargıcı” fonksiyonunu mantikî ve makul bir şekilde geliştirmeye matuf hareket artık bugün gerçek olmak üzeredir. Daha 1911 yılından itibaren Fransa’da Hapishaneler Genel Cemiyeti (Société générale des prisons), temyiz üyesi Bay Barrigue de Montvallon’un bir raporu üzerine “cezaların infazında yargıcın rolü” konusunu münakaşaya koymuştu (Revue pénitentiaire, Paris 1932, s. 169 ve son.). Berlin milletlerarası hapishanecilik Kongresi de, 1935 yılında, emniyet tedbirleri ve cezaların tatbikinde kazaî otoritenin müdahalesini inceledi (cf. **Revue internationale de droit pénal**, Paris 1946, s. 43 ve son.), ve bu müdahalenin mahiyeti 1937 yılında Paris’te Bay profesör ve dekan Magnol’un genel raporu üzerine IV. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde bir defa daha tetkik edilip, belirtildi (Bk. **Revue internationale de droit pénal**, 1937, s. 541 ve son.). Mevzu hukuk da, meselâ Çekoslovak projesinin “hapishane mahkemesi” (§§ 56 ve son.) yahut yeni Fransız Ceza Muhakemeleri usul kanunu projesindeki “infaz yargıcı” konusunda olduğu gibi, bu fikirleri tatbik etmeye başladı. Hatta Fransız projesi bazı yabancı infaz kanunlarından mülhem olarak III. kısmını “kazaî kararın neticeleri”ne tahsis etmiştir. Söz konusu edilen “infaz kanunları”, normal olarak, suçlar ve müeyyideler “ceza kanunu” ile kovuşturma ve yargılama usulünü tanzim eden “muhakeme usulü kanunu”nun devamını teşkil etmektedir.

Şu halde burada da herşeyin yalnız infazın genel “nezareti” anlamı içinde değil, fakat vaktinden evvel salıverme gibi tedbirler konusunda geniş bir direksiyon, müdahale yetkisi, ve kararın yahut bidayeten alınan tedbirlerin gerçek zaruretlere göre tadili anlamında olmak üzere yeniden ele alınması lâzım gelmektedir. Kararın hatalı, yetersiz yahut mübalâğalı olduğu, tedbir yahut müeyyidenin kötü seçildiği veya hudutlarının kötü tayin edildiği, tesirsiz hatta zararlı olduğu, yahut aksine olarak, iyi tesirini kısa bir zamanda göstermesi neticesinde suçlunun ıslahı nefis ettiği yahut iyileştiği ve artık böyle bir tretmana ihtiyacı kalmadığı meydana çıktığı takdirde, bu karar yahut tedbirin kat’iyyen değişemeyeceği, sert bir kanunun hareketsiz metni tarafından gösterilip değişmez ve kat’i “kaziyei muhkeme” kuvvetini alan bir kazaî kararla peşinen tespit edilen müddetin sonuna kadar sert bir şekilde tatbik edilmesi lâzım geldiği nasıl müdafaa edilebilir, bu tarzı hareket nasıl olur da meşru ve münasip görülebilir? İsviçre Ceza Kanunu küçükler ceza hukukunda bunu kabul etmiyor (mad. 86 ve 93). Zararlı yahut gayri muhik, kararın güttüğü gaye ile tenakuz halinde olan bir “statu quo” sırf ilgisizlik, rutin yahut arzettiği kolaylık, teşkilât yahut yaratıcı zekâ fıkdanı, veya yargıcın yanılmazlığı ve kararlarının değişmezliği mukaddes prensiplerini - yahut daha doğrusu hukukî fiksiyonlarını - ilânın temin

ettiği manasız haz adına, herşeye rağmen muhafaza mı edilecektir? “Res judicata pro veritate habetur” (Mahkeme kararına iktiran etmiş şey hakikat sayılır)! Ceza probleminin çözüm ve perspektivini yanlış yola sevkeden bu eski mesellerin - yukarıdaki kadar “nemo censetur ignorare legem”, “nemo audiatur propriam turpitudinem allegans” yahut “confessus pro judicato habetur” meselleri de - artık formüller haline konmuş Ulpian, Paul yahut Gaius hukuku olmıyan bir hukuk içinde baştanbaşa tadil ve terk edilmeleri lâzım gelmektedir; oysa ki bu hukuk yaşayan, hassas ve mütekâmil, mektep için değil fakat insan için yapılmış bir hukuktur.

Bu konuda çekingen ve kısmî birkaç tecrübenin yapıldığı da bir gerçektir. Yargıç kendisiyle daha evvel meşgul olmuş olduğu ve mukadderatını tayin etmiş olduğu suçlu ile ilgisini tamamen kesmiyecektir; bu mecburiyet yargıcın görevleri arasına ithal edilmiştir. Bu gayeyle alınan tedbirler arasında “kararın taliki” (sentence suspendue), “vaktinden evvel şartla salıverme” (libération conditionnelle anticipée)yi ve “nisbeten müddetsiz hüküm” (sentence relativement indéterminée)ü sayabiliriz. Modern doktrinin tetkik ve teşrih ettiği bu genel mahiyetteki tecrübeler üzerinde durmayacağız. Nitekim Bay profesör Donnedieu de Vabres’in hemen klâsik oluveren “Traité”si (Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris, Sirey, 3. baskı, 1947) bu konuda yeter derecede pozitif malûmatla genel bir görüşü ihtiva etmektedir (bilhassa, genel temayül için 45 ve son., tecil, tecrübeye koyma ve şartla salıverme için 519 ve 529 ve son., ve müddetsiz hüküm için 427 ve son. sayfeler). Yenilik getirdiği söylenen ve bundan elli yıl evvel proje halindeyken gerçekten yeniliklerle dolu olan İsviçre Ceza Kanunu da bu harekete iştirak etti ve hatta Avrupa da bu harekete hız verdi. Fakat bu kanun da konuyu tamamlamış olmaktan henüz uzak bulunuyor! Zamanımız ceza siyaset ve mevzuatının yönelmiş olduğu reformu bu kanun pekâlâ gördü ve bu reforma başladı, fakat daha henüz tahakkuk ettiremedi (1).

(1) İsviçre halkının istikrar ve ihtiyat hissi ve an’aneye bağlılık endişesi, ki şayanı hürmettir, daha cezrî bir reformun tahakkukuna engel oldu : Federal Konsey, İsviçre Ceza Kanunu tasarısını Meclislere takdim eden 23 Temmuz 1918 tarihli mesajında, pozitivist mektep ve bu mektepten neş’et eden doktrinal yeniliğin ortaya çıkardığı “reform hareketinin icaplarını” “kendi anlayış ve özel durumlarımıza” “intibak” ettirmekten başka birşey yapılmadığı halde, teklif edilen yeniliklerin (bilhassa alışılmamış olan “emniyet tedbirleri” alanında) doğurduğu “sert mukavemeti” belirtiyordu. Mevcut müesseselere ve benimsenmiş fikirlere dokunan azçok cezrî her reform hareketini frenliyen bu tabii temkin ve çekingenlik hislerini her zaman hesaba katmak mecburiyetindeyiz: bu benimsenmiş fikir ve müesseselerin sahip oldukları uzun ömrün, bu

Kanunumuz böylece "kararın tâliki" ni kabul etmektedir; fakat bu müessesenin mânası pek iyi, belirli bir şekilde anlaşılammıştır: kanun bu müesseseyi bir tek halde, yani sanığın şahsiyeti üzerinde yargıcın tam bilgiye sahip olmaması halinde kabul ediyor; zira alınacak tedbirlerin cinsi üzerinde karar kılabilmek için bu şahsiyetin, şüpheden âri, tam manasiyle tanınması icap etmektedir. Halbuki bu müessesenin ruh ve gayesi tamamen başkadır ve hedef itibariyle daha da ileridir! Üstelik kanun "kararın tâliki"ni yalnızca "reşitler" yani 14 ilâ 18 yaşındaki suçlular konusunda kabul etmektedir (mad. 97). Diğer taraftan vaktinden evvel "şartla salıverme"yi - ki bu müessese çok daha iyi ve daha cömertçe anlaşılıp tanzim edilmiştir - muhtelif reşit ve büyük suçlu kategorileri için (mad. 38, 42 ve 43, 94) kabul etmiş ve bu müessesenin şartlarını, hareket noktasını, kabul ve geri alınmasını yahut suçlu lehine ne şekilde neticeleneceğini makul ve müşahhas bir tarzda tanzim etme yollarını aramış ve bunda umumiyetle muvaffak da olmuştur; fakat bu tanzimin, bilhassa müddetler, ıslah yahut şifanın kat'i olduğu hallerde bu müddetlerin başlangıç noktası, yargıcın yüksek nezareti, tedbirin muvaffak olup olmadığının re'sen tetkiki ve girşilen tecrübenin daha az otomatik bir şekilde geri alınması konularında daha da yumuşak olması icabederdi (1). Nihayet kanunumuz "müddetsiz hükmü", yahut daha doğrusu gayri muayyen bir müddet için mahkûmiyeti, itiyadî suçluların enterne edilmesi (mad. 42), tembel ve serseri suçlunun iş esasına müstenit terbiye evine (mad. 43), alkolik suçlunun içicilere mahsus müesseseye (mad. 44) ve sapık yahut tehlikeli reşit suçlunun terbiye müessesesine (mad. 91) gönderilmesinin bahis konusu olduğu hallerde kabul etmiştir; fakat son iki halde tedbiri her hal ve kârda muayyen bir azamî had ile hudutlamıştır (içici için iki yıl; reşit için, duruma göre, 10 yıl yahut 22 yaşına kadar). Gayrimuayyen müddetin mutlak prensip olarak kabul edildiği yegâne hal itiyadî suçluların enternesini halidir (hernekadar şartla salıverme ihtimalinin mevcudiyeti muayyen bir müddet sonunda mecburi olarak tetkik edilecek ise de); bu, kanunumuzun

(1) İsviçre Ceza Kanununun halen elde bulunan "küçük tadili" şartla salıvermeye müteallik hükümlerin ıslahını güden müteaddit teklifleri münakaşa etti; Federal Konsey'in, kısmî tadil tasarısına ek 20 Haziran 1949 tarihli mesajı bu noktayı belirtmekte ve 38, 54 ve 55. maddelerde yapılan değişiklikleri izah etmektedir.

müesseselerin kalite ve canlılıklarının bir delili olduğu kanaati taşınmaktadır. Bu ise itiyat ve konvansiyonların sahip olduğu kuvvetin - rutin ve ataletin sahip olduklarından bahsetmesek bile - bu itiyat ve konvansiyonların cevaz verip devam ettirdikleri müesseselerin bizzat sahip olduğu kuvvete çoğu zaman galebe çaldığını unutmaktır.



ihtiva ettiği en cesur ve en kesin "toplumsal savunma" ve "uzaklaştırma" tedbiridir (2).

Diğer taraftan yargıcın infaz sahasına müdahalesini ve bu safhada alınacak kararı düzenleyen uygun ve zaruri rejim, cezaî sorumlulukları mahdut olanlarla, içici ve beyaz zehir müptelâsı suçlular konusunda da belirmeğe başlamıştır: Birinci halde (mad. 17 numara 2) kanun vazı "sebeğ zail olur olmaz" yetkili otoritenin - kantondan kantona değişmektedir - kazaî kararlarla hükmedilmiş olan "enterman", tretman yahut hastahanedeki ikâmete son verdireceğini makul bir şekilde kabul etmiştir; ve cezaî sorumluluğu mahdut olan bu suçlular konusunda "yargıç" - ki böylece tekrar önüne gelinmektedir ve yargılandığı kimsenin kontrolünü kat'i olarak kaybetmemektedir - emniyet tedbirlerinin ya-

(2) Logoz (Commentaire du code pénal suisse) "enterneman"ın, icabı halinde, prensip olarak mahkûmun ölümüne kadar devam edeceğini söylemektedir - yani 42. maddenin 5 numaralı bendinde şartla salıvermeye müteallik konan şartların tahakkuk etmemesi halinde (asgarî müddet 3 yıl, yahut, yerini "enterneman"a bırakan ceza müddeti daha uzun ise bu ceza müddeti kadar), mahkûmun hattihareketi yahut konulan teşhis ve istikbal için vadettiği ümitler yahut tahmin konusundaki şartlar). Bunun içindir ki bu tedbir suçluları (ve "müdafilelerini") pek korkutmamaktadır, ve âmme efkârı ve mahkemeler tarafından kuşkuyla karşılanmaktadır. Bununla beraber benimsenmiş fikirlere pek aykırı ve şahıs hürriyeti için fevkalâde ağır olan bu tedbire karşı gösterilen ve izahı kolay ilk bir mukavemetten sonra mahkemeler de, âmme efkârı da bu müesseseye alışmağa, sosyal kıymetini ve iyi neticelerini kabul etmeğe başlamışlardır. 17 Eylül 1949 yılında Vaud kantonu Grandson mahkemesi tarafından yargılanan sabık lejyoner Stauffer davasında mahkeme sanığın hırsızlık, dolandırıcılık ve nüfus siciline yanlış beyan (savcılık, metresinin katli ithamını, ispatın imkânsızlığından dolayı, terketmişti) suçlarını sabit görerek kendisini savcının yalnızca 3 yıl talebine rağmen, tutukluluk müddeti indirilmek üzere 6 yıl ağır hapse mahkûm etmiş ve bu cezayı gayri muayyen bir müddet için "enterneman"a çevirmiştir. Gazette de Lausanne muharriri bu hükmü tefsir ederek diyor ki: "Hükmün gerekçesi belirtmektedir ki, kuvvetli karinelere rağmen katil ithamının yeter derecede ispat edilememiş olmasına rağmen, Stauffer'in toplum için bir tehlike teşkil ettiği aşikârdır ve bu sebeple kendisine karşı emniyet tedbirleri almak icabetmektedir. Gerçekten duruşmalar sanığın yüklü geçmişini ve endişe verici tabiatını sarih olarak ortaya koymuştur. Şüphesiz bu durumdur ki mahkemeyi savcının taleplerini geçen bir karar almağa sevk etmiştir. Diğer taraftan, suçların terakümü, Stauffer'in müteaddit tekerrürleri ve daha önce maruz kaldığı mükerrer mahkûmiyetlerin kendisi üzerinde fazla bir tesir göstermemiş olması vakıası hudutsuz bir müddet için enterne edilme gibi şiddetli bir tedbirin tatbikini meşru kılmaktadır. Böylece, Grandson yargıçları müheyyiç olduğu kadar da şiddetli bir alâka uyandıran bu davayı çok iyi bir hükümle neticelendirdiler." Görüldüğü gibi "toplumsal savunma" ve klâsik anlayıştaki cezanın yerini alan ve gayrimuayyen bir müddet için verilen tedbir, fazla gürültü yapmadan fakat emin bir şekilde yolunda ilerlemektedir.

nında bir de cezaya hükmetmişse, bu cezanın “infaz edilip edilmeyeceğini” ve edilecekse infaz tarzının ne olacağını karar altına alacaktır: şu halde bu ceza “ne variatur” verilmemiştir, ve faydasız yahut zararlı görüldüğü hallerde mecburen infaz edilmeyecektir. Yetkili otorite, aynı şekilde, prensip itibarıyla mahkûm olan fakat dava sonunda adli bir kararlarla tedavi müessesesine gönderilen (mad. 44, numara 3, ve mad. 45) içici yahut beyaz zehir müptelâsı suçluyu da “iyileşir iyileşmez” serbest bıraktıracaktır; ve şayet cezanın infazı tedavi maksadıyla hastahaneye yatırma tedbiri lehine tehir edilmiş ise “yargıç”, suçlu serbest bırakılmadan evvel, müessese idaresinin de reyini alarak, “cezanın infazını, yahut kısmen veya tamamen kaldırılmasını” kat’i ve nihai bir şekilde emretmek için işe yeniden müdahale edecektir.

Bunlar eksiksiz bir çözümün bulunması yolunda atılmış ilk adımlardır ki, burada belirtmekten zevk duyuyoruz. Fakat hemen ilâve edelim ki bütün bu hareketler ideolojik ve teleolojik bakımdan ve mevzu hukuk alanında henüz mütereddit, şekilsiz, kısmî ve gayri kâfidir. San Remo I. Milletlerarası toplumsal savunma kongresine takdim ettiğimiz raporda da söylemek fırsatını bulduğumuz gibi, bu yolda azimle ilerlemek, ve bu teşriî ve doktrinal “premis”leri geliştirerek mantikî neticesiz hüküm, infazın kazaî nezaret ve müdahalesi, kazaî kararın sonradan ortaya çıkan zaruret ve durumlara uygun olarak bir yargıç kararıyla tadili prensiplerinin karşılaştıkları mukavemete rağmen, önleme, ıslah, tedavi ve himaye gayelerine yönelmiş ve seçkin bir personele tevdi edilmiş bir ceza muhakemeleri usulünün, mantikî olabilmek için, bu değişiklikleri yapması muhakkak lâzımdır. Kanaatımızca doğru olan yegâne gayeler bunlardır (önleme, ıslah, tedavi, himaye). Gayesini müdrik ve bu gayeye uygun olarak tanzim edilmiş maddi ve şekli ceza hukukunun hükümlerinden istifade edecek kimseler yalnızca çocuklar, anormaller, içici yahut beyaz zehir müptelâları ve ıslahı gayrimümkün mükerrirler, yani küçük bir azınlık veya muayyen kategori suçlular değildir. Bu hükümlerden keza manen ıslah edilip kurtarılması lâzım gelen bütün suçlu camiasının müstefit olması lâzımdır; izah ve beyandan müstağnidir ki bu prensipler her suçlunun arzettiği şahsî durum ve hâlin zaruretlerine uydurulacaktır. Ve muhakeme usulü kanununun, maddi hukuk tarafından vazedilen prensiplerin en iyi tatbikini sağlayacak hüküm, şart ve şekilleri ihtiva edecek tarzda gelişmesi ve düzeltilmesi de gayet tabiidir.

Bunun imkânsız birşey ve bir ütopi olduğu söylenmesin! Anahatlarını kaba taslak çizmiş olduğumuz görüşlere müstenit bir muhakeme usulü sadece mantikî ve sıhhatli değil - böyle bir muhakeme usulünün mantikî ve sıhhatli tek muhakeme usulü olduğunu gösterdiğimizi zannediyoruz - aynı zamanda kabili tahakkuktur da: bu prensipler günümüz pozitif hukuku içinde şimdiden yer almıştır, ve yapılması icabeden yegâne şey de onları daha mükemmel bir şekilde ortaya çıkarıp daha belirli kılmak, plânlarını ve inşasını tamamlayarak metodik bir şekilde hususî durumlara uydurup genelleştirmektir. Buna delil ve misal olarak, İsviçre Ceza Kanununun temel prensiplerinden ve Cenevre muhakeme usulü ve tatbikatından çıkan **küçükler** muhakeme usulü ve ceza hukuku rejimini göstermekle yetineceğiz. Reform bu alanda yapılmıştır ve küllidir; yargıç iyi ise ve tatbikat kanun hükümlerinin ruh ve gayesine uygunsa elde edilecek neticeler vait dolu olacaktır. Hatta daha ileri giderek diyebiliriz ki, bunlar vaitten daha kuvvetli şifabahş gerçeklerdir. Bu yolda ilerlemek kâfidir. Suç ve suçlunun tedavisi için 18 yahut 20 yaşına kadar mümkün, iyi ve hatta mükemmel olan bir şeyin, keyfî olarak tesbit edilen muayyen bir andan itibaren, bir günden öbür güne, âni olarak bu vasfını kaybetmesi, ve bu yüzden reddedilmesi tahayyül edilemez. Küçükler ceza hukuku yarınki reformların habercisidir; nasıl ki çocuk bizzat istikbal ise, küçükler ceza hukuku da müstakbel ceza hukukunun öncüsüdür.

Sözlerimizdeki ateşin, tenkid ve tekliflerdeki biraz şiddetli ifadenin bağışlanacağını zannediyoruz. Tarde'nin fikrî müridi olarak biz de "Transformations du droit" nın tarihi ve daima payidar kalacak prensiplerine, "Philosophie du droit" nın ilham verici zenginliğine, "Criminalité comparée" nin değerine ve verdiği derslerin faydasına inanıyoruz; biz de "her devrin, kendisine hayat veren imanı, yani millî ve her türlü münakaşadan azade inancını, bu devri vasıflandıran ceza muhakemeleri usulü içinde aksettirdiğine inanıyoruz; şöyle ki bu alanda yapılan teşriî ve kazaî istihaleler serisi bizzat beşerî tefekkürde kendini gösteren değişikliklerle tam mutabakat halindedir". Beşerî tefekkürün, öç ve kefarete esasına dayanan (1) eski ceza hukuku efsanesine son darbeyi indir-

(1) Bununla suçlunun, ika ettiği fiilin mukabilini "ödemeyeceği" ve kefarete ödeme, vicdan azabı yahut pişmanlık gibi her zaman duyabileceği hislerin hesaba katılmıyacağını söylemek istemiyoruz; "kefarete" prensibini cezanın mesnedi veya vasıtasız gayesi yapmamak lâzımdır demek istiyoruz. Keza ıslahtan bahsettiğimiz zaman da yalnızca manevi ıslahı, iyileşmeyi kastedmiyoruz; bilâkis müeyyidenin de terbiyevî ve ıslah edici vasfını muhafaza edebileceği ve etmesi lâzım geldiği kanaatindeyiz; buna mukabil bu müeyyidenin sadece "ceza", terhibi öç, "kötülüğe kötülükle mukabele" karakterinde olması büyük bir hatadır.

diğine inandığımız, sosyal ve ıslah ve terbiye edici bir ceza hukukunun tesirine olan derin inancımızı saklamadığımız için, bu zaruri istihalenin tahakkukunda gösterilmesi lâzım gelen gayrete, mütevazî fakat iman dolu iştirakimizi esirgeyemedik. Bu işe girişmek için biraz şiddet ve az çok mübalâğalı bir gayret gösterilmişse, bu tarzı hareket, tahayyülü imkânsız gecikme, bu gecikmenin neticeleri ve durumun bir an evvel ıslahındaki müstaceliyetle mukayese edildiği takdirde, mazur görülecektir.

---