

YENİ ALMAN CEZA USÛL HUKUKUNDA HÂKİMİN DURUMU

Prof. Dr. Dietrich OEHLER

Bu konferansda * Alman hâkiminin durumunun zamanımızda tâbi olduğu değişiklikleri sizlere kısaca göstermek istiyorum. Ceza Muhakemeleri Kanunumuzun 1877 yılına ait olmasına rağmen, İkinci Dünya Harbinden sonraki zamanda hâkimin durumu ve vazifeleri usul hukuku zaviyesinden eskiye nazaran mühim değişiklikler arz etmektedir. Bu münasebetle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa son on sene içinde ithal edilen veya Anayasadan çıkan oldukça önemli birkaç hüküm bahis mevzuudur. Aynı zamanda bu değişikliklerde yeni devlet görüşünün ve fonksiyonlarının tesirlerini de görmemiz mümkündür.

Şüphesiz burada sadece meselelerden önemlilerini arz edebilmem mümkün olacaktır. Bu sebepten ilk evvelâ Alman Ceza Hukuku ve Ceza Usûl Hukukunda bilhassa bir noktada esaslı bir şekilde hâkim olmuş bulunan kuvvetler ayrılığı düşüncesinden başlamak istiyorum. Buna göre İcra Kuvveti, yani bahusus idare, bundan böyle hiçbir şekilde hâkime has faaliyetlerde bulunmamalıdır. Çünkü bu halde evvelâ idarenin ajanı olarak hadise hakkında karar veren idare memurunun daha sonra aynı hâdise hakkında Ceza hâkimine has vazifeleri ifa eden memur olarak karar vermesi ile ortaya çıkan bir tehlike mevcuttur. Bunun gibi aksine ceza hâkiminin de, ceza hukukundan doğan ana vazifelerini, tamamıyla saf cezaî haksızlıklar hakkında karar verecek şekilde tahdit ederek ifa etmesi gerekir. Şüphesiz herşeyden evvel ceza hukukunun ceza hukuku sahasındaki önemsiz şeylerin atılması suretiyle lüzumsuz yüklerden kurtarılması lâzımdır. Son on sene içinde Almanya'da ceza hükümleri devamlı şekilde artmış bulunmaktadır. Hemen hemen idarî meseleleri düzenliyen idarî kanunların hepsi sonda, bahis mevzuu yapma veya yapmamaya karşı vaki tecavüzlere ait bir ceza hükmünü muhtevidir.

Böylece ceza hâkimi, hakikatte ceza hukukunun cezaî bünyesi ile hiçbir alâkası bulunmayan büyük sayıdaki idarî haksızlıklar

*) Konferans 1960 yılı Nisan ayında İstanbul Hukuk Fakültesinde verilmiştir.

hakkında da karar vermek mecburiyetinde kalmıştır. Bu temayül bilhassa National Sosyalizm zamanında artan bir şekilde kendini göstermektedir. Bu münasebetle günlük hayatın her faaliyetini az veya çok cezaî hükümler ile saran iktisadî hukuk zikredilmeye değer.

Nizamlara Aykırılıklar Hakkındaki 1952 Tarihli Kanunda, sadece idarî kanunları ihlâl eden ve cezaî bünyeli olmayan ihlâllerin bizzat idarece para cezası ile tecziyesinin imkân dahiline sokulması ile, hâkimin durumu kuvvetlendirilmiştir. Ancak hukuka aykırı fiillerin sadece idarî haksızlık mı, yoksa tam manasiyle cezaî bünyeli fiiller mi olduğu hususunun tefriki kanun vazınca ilerde halledilecek bir mesele olarak kalmıştır. Şüphesiz bu kararsızlıkta bilhassa hukuk devleti esaslarına göre, idarece ihlâl olarak kabul edilen nizamlara aykırılıkların, tekrar şikâyet üzerine son hükmü verecek hâkim önüne getirilmesi gerektiği düşüncesi rol oynamıştır.

Nizama aykırılıklar ve hakikî cezaî bünyeli suçlar arasındaki sınırı tâyin zorluk arz etmektedir. Gerçi kasden adam öldürme, ölüme taksirle sebebiyet verme, hırsızlık ve dolandırıcılık gibi hallerde cezaî bir haksızlığın mevcut olduğu açıktır. Fakat saf nizama aykırılığın bir hâdisede bahis mevzuu olduğunun aynı derecede emniyetle söylenebilmesi mümkün değildir. Şüphesiz kanun vazı bir ihlâlin cezaî bir fiil mi yoksa nizama aykırılık mı teşkil ettiğini serbestçe tâyin edebilir. Nitekim kanun vazı bu tefriki müteaddit defalar nazarı itibare almaya da mecbur kalmıştır. Meselâ, kanun vazı Ceza Kanununda, bir adam öldürme veya vatana ihanet suçlarının ikâ tasavvuru hakkında inanılır malûmat sahibi olup da, zamanında ihbarda bulunmayan kimsenin hapis cezası ile cezalandırılacağını kabul etmiş ve böylece bu halde cezaî bir haksızlığın mevcut olduğunu açıkça beyan etmiştir. Hakikatte burada vatandaşın ağır suçların önlenmesi ve bu suretle idareye yardımcı olması şeklindeki bir yapma mükellefiyetinin ihlâli vardır. Fakat bu hüküm, mevcut idarî haksızlığa rağmen ihlâlin ağırlığı ve ağır neticeleri sebebiyle, cezaî karakterli olarak tavsif edilmiştir. Kanun açıkça nizama aykırılıkların unsurlarının neler olduğunu tâyin etmemiştir. Sadece nizama aykırılık ve suç tefrikinde hukukî neticeleri nazarı itibara almakta ve ceza ile tehdit edilmiş ihlâlleri cezaî fiiller olarak, diğer hukukî müeyyideler ile - kanunun kullanıldığı teknik terim ile, para cezası ile - tehdit edilmiş olanları da nizama aykırılık olarak kabul etmektedir.

Nizama aykırılığın maddî unsurlarını tâyin zımında şu husus ileri sürülebilir : Devletin nizamı, devletin idarî faaliyeti ile tahakkuk ettirilmelidir. İdarede ise her ferdin, hem pozitif olarak malûmat beyanı, ihbarlar gibi, hem de negatif olarak nizamın devamı için gerekli bütün ihlâllerden içtinap etmek suretiyle, birlikte çalışması gerekir. Bu maksatla iktisadî ceza hukuku sahasına atıfda bulunmak yerinde olacaktır. Bu sahada devletin iki mal sahası birbirinden tefrik edilmektedir. Birinci mal sahası devletin varlığı yahut mevcudiyetinin teşkil ettiği hukukî değerdir. Diğerini de idarî kıymet yani idarî nizam olarak isimlendirebiliriz. Devletin mevcudiyeti bahis mevzuu olan hallerde, devletin zarara uğratılmaması tehlikeye düşürülmemesi için itaatkâr olmak istenir. İdarî nizamın bahis mevzuu olduğu hallerde ise, nizamlıyan idarenin emrine itaat gerekir. Buna göre iktisadî ceza hukuku sahasında, bizatihi iktisadî nizamın varlığına doğrudan doğruya ağır zararlar veren veya onun için tehlike yaratan fiiller cezaî fiiller olarak kabul edilecektir. Aksine iktisadî nizamın varlığına veya nizamın bütününe zarar vermeyen, bilâkis sadece bu nizamda birlikte çalışmak mükellefiyetine riayetsizlik teşkil eden fiiller ise nizama aykırılık olacaktır. Şu hale göre fiil, şümül ve icra bakımından iktisadî nizamın gayesine, meselâ bir fiat kaidesine veya döviz nizamına, mühim derecede zarar vermeye müsait ise veya fail nizamı ihlâlde inatla ısrar ediyor veya teşekkül halinde çalışıyorsa, bir cezaî fiil bahis mevzuu olacaktır. Bunun içindir ki, idarî müsaadelerde tahrifat bir cezaî fiil olduğu halde, malları hakkında yanlış beyanda bulunmak nizama aykırılıktır. Yine aynı sebepten kemiyet itibariyle önemsiz, yani ölçü itibariyle ehemmiyetsiz ihlâllerde kaideten nizama aykırılık olarak tavsif edilir. Para cezası şeklinde nizama aykırılığa bağlanmış hukukî netice ceza değildir. Adlî sicile de işlenemez. Böylece fail evvelce cezalandırılmış sayılmaz. Para cezası sadece faili ikaz olarak düşünölmüştür.

Nizamlara Aykırılıklar Hakkındaki Kanunun kabulünden sonra, Alman kanunlarının hemen hemen hepsi lüzumlu göröldükte cezaî fillerle nizama aykırılıkları açık bir şekilde tefrik etmektedirler. Bu suretle cezalandırmanın hypertrophie'si tahdit edilmekte, fakat tesiri derinleştirilmiş olmaktadır.

Cezaî bünyeli suçlardan, idare tarafından takip edilen nizama aykırılıkların tefriki ile hâkimin durumu kuvvetlendirilmiştir. Böylece hâkim kötü niyet yerine, daha ziyade idarî nizamın teminine

yardım hususunda dikkatsizlik ve eksik iradeye isnat eden sayısı çok suçlar ile meşgul olmaktan kurtulmuştur.

İdare ve kazaî içtihat arasında yapılan kesin tefriki, idarî makamların hiçbir şekilde ceza hâkimi olarak vazife ifa edememelerinde de görmek mümkündür. Meselâ, polis cezaî takibat yapabilme yetkisi tamamen kaldırılmıştır. Eskiden polis bu sayede bazı önemsiz suçları, meselâ seyrüsefer suçlarını veya buna benzer diğer basit suçları kendiliğinden takip edebiliyordu. Bu imkân kuvvetler ayrılığı prensibi ile bertaraf edilmiştir. Bugün Ceza Kanununu ihlâl eden her fiil hakkında ancak hâkim karar verebilir. Şüphesiz hâkimin cezalandırma yetkisini basit bir usûl dairesinde kullanması imkânı halen mevcuttur. Fakat polis bir icra organı olarak, aynı zamanda kanunu ihlâl eden kabahatleri cezalandıramaz. Bu konuda sadece malî makamlar dar bir saha içinde vergi kanunlarını ihlâl eden fiilleri takip yetkisine sahiptir. Fakat burada da fertlere malî makamların verdiği ceza emirlerine karşı hâkimin kararını talep etmek hakkı tanınmıştır. Netice itibariyle kaideten Almanya'da bugün artık idare ceza emri veremez ve bunun mümkün olduğu hallerde de karara karşı normal mahkemelerde itiraz hakkı verilmiştir. İşaret edelim ki, kuvvetler ayrılığı prensibinin bu sert tatbikatı, İkinci Dünya Harbinden sonra Alman Hukukuna Amerika'daki düşüncelerin hâkim olmasının neticesidir.

Hâkimin durumu ceza usûlü sahasında diğer bir bakımdan da eskiye nisbetle kuvvetlendirilmiştir. Bugün hâkime her kanunun Anayasaya uygun olup olmadığını tetkik selâhiyeti verilmiştir. Burada bahis mevzuu olan, Anayasanın şeklî kaidelerine riayet edilip edilmediği meselesi değil, zira bu pek tabiidir, bilâkis kanunların Anayasadaki âmme haklarına uygun olup olmadığı meselesidir. Bu mesele sık sık ortaya çıkmakta olup, hallinde çok defa zorlukla karşılaşılmaktadır. Bu hususu 1949 yılından evvel kabul edilip halen mer'iyette bulunan kanunların Anayasaya uygunluk bakımından gözden geçirilememiş olmaları anlaşılır kılmaktadır. Yeni kabul edilen bir kanunun mer'i âmme hakları sınırı içinde kalıp kalmadığı da sık sık mesele olmaktadır. Alman Anayasasına göre âmme hakları yani şahsiyete, hürriyete, mülkiyete, inanca ve düşünceye v.s. hürmet birer program hükmü değil, mer'i hukuk kaidelerindedir. Şüphesiz muayyen âmme hakları zaruret bulundukta, meselâ tevkif ve arama için, kanunla tahdit edilebilir. Fakat hakların bünyelerine hiçbir şekilde dokunulamaz. Bunun için Anayasada, sınırlarının tâyini çok zor olan, müessesesevî garantilerde kabul edilmiştir.

Meselâ, hâkim önünde hakkını aramak yahut selâhiyetli hâkimi talep etmek. Bu istisnaî mahkemelerin men'ini ifade eder. Aynı şekilde Anayasada kuvvetler ayrılığı prensibi de mer'i hukuk olarak vaz edilmiştir.

Karar sırasında her hâkimin muteberiyeti bahis mevzuu olan bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığını tetkik etmesi lâzımdır. Hâkim 1949'dan, yani Anayasanın kabulünden evvel kabul edilmiş bir kanun bahis mevzuu oldukda, bizzat Anayasaya uygunluk hakkında karar verebilir. Anayasanın mer'iyete girmesinden sonra kabul edilen kanunlar için ise, duruşmayı talikle Anayasa mahkemesinin bu hususdaki kararını istihsal etmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin vazifesi Anayasanın tatbikini kontrol etmektir. Bugüne kadar Alman hâkimine böyle bir yetki tanınmamıştı. Weimar Cumhuriyeti zamanında, yani Birinci Dünya Harbinden sonra National Sosyalizmin iktidara geldiği 1933 senesine kadar, Anayasada âmme hakları vardı. Fakat bunlar mer'i hukuk olarak değil, program hükümleri olarak düşünölmüştü. Bunun neticesi hâkime, kanun vazının kanunlarla âmme haklarına hürmet edilip edilmediğini kontrol yetkisi de hiçbir şekilde verilmemişti. Birinci Dünya Harbine kadar mer'i olan Alman İmparatorluk Anayasasında ise âmme hakları yoktu ve hâkime bir kanunun Anayasaya aykırı olduğunu dermeyan edebilme imkânı verilmemişti. Bugün alman hâkimine tanınmış olan kontrol hakkı ile, şimdiye kadar birçok hükümler ve bütünü ile kanunlar Anayasaya aykırı ve bu sebepten gayrı muteber sayılmışlardır. Meselâ, bir müddet evvel Ceza Usûl Hukuku sahasında, vergi kaçakçılığı halinde malî makamların kanunda tasrih edildiği gibi ceza emirleri verip veremeyecekleri veya böyle bir kaidenin kuvvetler ayrılığı prensibini ihlâl edip etmediği mesele olmuştu. Federal Mahkeme, yani en yüksek Ceza Mahkemesi, kanunun bu hükmünü Anayasaya aykırı bularak, Anayasanın kuvvetler ayrılığı prensibine dayanmak suretiyle doğrudan doğruya ceza hâkimine müracaat imkânını tanımıştır. Bu halde bahis mevzuu kanun 1949 yılından evvel kabul edilmiş olduğu için, Anayasa Mahkemesine müracaat edilmemiştir.

Son zamanlarda Alman Mahkemeleri mevcut kanunlarda kanunî hâkim prensibine riayet edilip edilmediğini tetkik etmek fırsatını bulmuşlardır. Meselâ, bir toplu mahkemede, çok sayıda yardımcı hâkimin, yani henüz kat'î tâyinleri yapılmamış hâkimlerin, bulunması Anayasaya aykırı sayılmıştır. Buna sebep olarak da hâkimlerin muhtemel olarak başkanın noktai nazarı tesiri altında ka-

larak serbestçe karar verememeleri tehlikesi gösterilmektedir. Bunun neticesi kanunî hâkim prensibinin yerine getirilmesi için hâkimlerden çoğunun kat'î tâyinleri yapılmıştır. Bu mesele ile, yani kanunî hâkim meselesi ile ceza mahkemelerinin değişen selâhiyeti de yakından ilgilidir. Bugün Almanya'da mahkemelerin suçların ağırlığına göre selâhiyeti kat'î yani her bir suça göre tâyin edilmiştir. Bilâkis savcı dâvayı sulh mahkemesinde açabileceği gibi, hâdisenin hususiyetinin zarurî kıldığına inanırsa asliye mahkemesinde de açabilir. Şüphesiz bu değişen selâhiyet de maznunun hangi mahkemeye sevkedileceği bakımından siyasî tesirlerin rol oynayabileceği bir hakikattir. Zira hususî hal kavramı çok çeşitli şekilde tefsir edilebilir. Meselâ, fiilin ceza bünyesine göre veya umum nazarında maznunun ehemmiyetine göre yahut hâdisenin siyasî tesirlerine göre tefsiri mümkündür. Böylece savcı bir mahkemenin sert veya yumuşak cezalandırdığını, hâkimin siyasî kanaatlarının ne olduğunu bilebilecek durumda olduğundan, bu veya şu hâdisede mahkemenin selâhiyeti meselesi mevzua yabancı esaslara dayandırılmış olacaktır. Maalesef Federal Anayasa Mahkemesi kısa bir müddet evvel değişen selâhiyet meselesinin Anayasanın kanunî hâkim prensibi ile kabili telif olduğunu, bir ideal hukuk devleti kaidesinin bahis mevzuu olmadığına işaret etmekle beraber, kabul etmiştir. Kanaatimce, literatürde ekseriyetinde kabul ettiği gibi, bu değişen selâhiyet meselesi Anayasanın kanunî hâkim prensibi ile telif edilemez. Çünkü bu nevi selâhiyet de maznun bakımından fiili ile ilgili selâhiyet fiilin ikaından evvel kat'î olarak tâyin edilememektedir.

Kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrol imkânının verilmesi ile, kanun vazı Anayasa bakımından kontrol altına sokulmuş olmaktadır. Kanun vazı herhangi bir politik zarurete dayanarak insanın ana hürriyetlerini Anayasada tâyin edilen sınırlar dışında tahdit edemeyecektir. Bu usûl bugüne kadar bilhassa ceza hukuku sahası dışında da fevkalâde faideli olmuştur. Zira bu imkân vatan-daşı hususî hukuk sahasına yapılmış tecavüzlerden en emin şekilde himaye etmektedir.

Maznunun ceza usûl hukukunda hiçbir şekilde objekt değil bilâkis daima sujet olarak kalması gerektiği meselesi de bununla ilgilidir. Bu neticede umumî olarak Anayasadan çıkmaktadır. Anayasaya göre insanın varlığı dokunulmaz olup, ona hürmet ve onu himaye devlet kuvvetinin vazifesidir. Bundan başka bu konuda Ceza Usûl Kanunumuz da tatbikî şümulü çok geniş olan bir hükmü ihti-

va etmektedir. Kanuna mazideki kötü tecrübelerin neticesi, tasvip edilmeyen tahkikat metodlarını meneden bir hüküm ilâve edilmiştir. Böylece maznunun iradî karar verebilme ve iradî faaliyet hürriyeti fena muameleler yahut yorgunluk, bedene tecavüz, ilâçların verilmesi, hile yahut ipnotizma ile ihlâl edilemez. Maznunun hafızasını veya görme iktidarını zarara uğratan vasıtalara da müsaade edilmemiştir. Bu men edilen hususlar hakkında maznunun muvafakati de hükümsüzdür. Maznun hâkimin karşısına hür bir insan olarak çıkmalı ve hâkimin maznunun iradî karar vermesini mümkün kılan vasıtalarla yetinmesi gerekir. Maznunun şahsiyetine hürmet ile aynı zamanda hâkimin durumu da yükseltilmiş olmaktadır. Bugün için şüphesiz parlamenter - demokratik bir devlet şeklinde maznunun zorla beyana mecbur edilemeyeceği pek tabii görünürse de, insan iradesine tesir eden modern vasıtalar, maznunun hâkim önündeki serbest durumu için mühim bir tehlike arzedecek inceliktedir.

Bu hususta Eunarco - Analyse'i düşünmek kâfidir. Bu, yeni hükme göre mümkün olmadığı gibi, kaideten Alman mahkemeleri önünde tatbiki de yasaktır. Malûm olduğu üzere Eunarco - Analyse de insanın hislerinin bir kısmı yapılan enjeksiyonlar ile iptâl edilir ve böylece kısmen karşı koymalar ve düşünceler bertaraf edilir. Bu sayede hakikati söylemek istemeyip yalan söylemek isteyen maznunun yaşanan hâdiseler hakkındaki şu veya bu soruya baygınlık içinde doğru cevap vermesi mümkün olmaktadır. Eunarco - Analyse'den elde edilen neticelerin tam manasiyle doğru olmadığı bir tarafa bırakılsa da, hâkim hiçbir şekilde kendini baygınlık halinde yapılmış beyanlara terk edemez. İlâçların insanlara tesiri aynı olmadığı gibi, bu usulün maznunun hürriyetini tahdit ettiği de şüphesizdir. Ayrıca iradeleri kuvvetli kimselerin bu baygınlık haline rağmen hakikî hatıralarını ve hakikatleri gizliyebilecek durumda oldukları da malûmdur.

Aydınlık devri içinde ve bu devirden sonra geçen ve daha evvelki asırda Ceza Hukuku reformu sahasında ısrarla maznunun söz hürriyeti için mücadele edilmiş ve bu hürriyet 19 uncu asır ceza hukuku reformunun getirdiği en esaslı şey olmuştur. Eskiden sadece asırlar boyunca tatbik edilmiş işkence fikri hâkimdi. Gerçi Eunarco - Analys insana ızdırap vermemekte ve onun ruhî durumuna bir tazyik icra etmemekte ise de, ferdi iradenin serbest olmadığı bir duruma sokmakta ve bu suretle şahsiyeti üzerinde serbestçe karar vermek iktidarını kaybettirmektedir. Bu sebepten bize gö-

re Eunarco - Analys'de insan şahsiyetinin tehlikeye düşürülmesi tehlikesi vardır ve tatbik edilemez.

Maznunun Eunarco - Analys'e rızası iradî karar hürriyetini ortadan kaldıramaz. Çünkü tahkikat sırasında kendini bilmez durumda bulunan maznunun, kendi şahsı hakkında tam olarak karar vermek iktidarına sahip olduğundan bahsedilemez. Nasıl ki fail diğer ehliyetsizlik hallerinde yaptığından mes'ul değilse, bu halde yaptığı beyanlardan da mes'ul olmamalıdır. Hukuk devleti muhakeme usulünün vazifesi, insanın serbest şahsiyetini usûl süjesi olarak ayakta tutmak ve onu tabiî ilimlere has metodlar vasıtasıyla bir objet haline getirmemektir. Maznun, beyana karar verme hürriyeti hakkına bizzat karar vermek iktidarına sahip olmalıdır. Zira maznun bu hürriyete sahip değilse, artık tam mânasıyla bir objedir. Maznuna hakkının mücahidi olarak kalmak imkânı bahşedilmelidir.

Bu münasebetle diğer bir meseleye de nazar atfetmek yerinde olacaktır : Meşhur yalan makinası. Bu usûlde dâvacının beyanına dışardan tesir icra ettiğinden Almanya'da tatbik edilemez. Malûm olduğu üzere yalan makinası şu şekilde tatbik edilmektedir. Maznunun ifadesi alınırken bir âletle kan dolaşımının tansiyonu ölçülmekte, alınan neticelerden maznunun doğru veya yalan söylediği tesbit edilmektedir. Burada hareket noktası umumiyetle insanın yalan söylerken hakikati ifade ettiği halden daha heyecanlı olacaktır. Yalan makinasının tatbikinde, maznunun iradî karar hürriyetine yapılmış doğrudan doğruya bir tecavüz yoktur. Çünkü bedene bir tecavüz yapılmamaktadır. Fakat insan bu mekanik beyan kontrolü ile ruhen zorlanmış ve tahdit altına sokulmuş olmaktadır. Diğer taraftan elde edilen neticelerden kıymetli sonuçlar çıkarmak mümkün olsa da, netice tam manasıyla açıkda değildir. Maznun burada da yalan makinasının tatbiki ile karar hürriyetini feda etmektedir. Zira bu suretle maznundan normal soruşturma ile elde edilemeyen bilgiler alınmakta ve o bu bilgileri istemiyerek vermektedir. Yalan makinası tatbik edilmeseydi herhalde maznun bu bilgileri vermiyecekti. Diğer taraftan maznun şuur altından gelen cevaplara mani olmak iktidarına da sahip değildir.

Kanun vazı 1877 yılında - Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu bu tarihte kabul edilmiştir - bir hukuk devletine has şekilde düşünerek § 136'ya hâkime maznuna ithamlara karşı bir diyeceği olup olmadığını, sormak yetkisini veren basit bir cümle ilâve etmiştir. Bu cümle, işkencenin 600 senelik tatbikatından sonra, insanın karar verme hürriyetini tekrar kanunen tesbit etmiştir. Ceza Muhake-

meleri Usûlü Kanunundaki bu hükme göre maznun ithamlar karşısında susabileceği gibi, cezasına hiçbir şekilde müessir olmayacak olan yalan beyanda da bulunabilir.

Maznunun şuuru altından veya şursuz halinden istifade ederek bir beyan elde etmeye elverişli bütün mekanik yardımcı vasıtaların tatbikinde, geçen asrın serbest düşüncesinden geriye dönme görülebilir. Eğer maznunun serbest karar verme hürriyetini tahdit eden bir kapı açılırsa bu kapı gittikçe genişliyerek asırlarca olduğu gibi bugün de maznunu ceza hukukunun objesi haline getirecektir. Bunun içindir ki her ne şekilde olursa olsun maznunun karar hürriyetini tahdit yönünde açılacak bir kapıya küçük de olsa mani olmak lâzımdır. Maznun ancak kendi ruhî hürriyetini tahdit eden imkân mevcut olmadıkça muhakeme usûlünün süjesidir.

Nihayet bu meselelerle maznun beyanlarının ses alma cihazı ile tesbit edilmesinin hukukî bir değer taşıyıp taşımadığı da yakından ilgilidir. Şüphesiz polisin maznunun ifadesini banda alması ile hâkime, bu bandın son tahkikat sırasında dinlenmesi suretiyle polisteki soru ve cevapların muhtevasını öğrenmesi imkânı sağlanmış olacaktır. Bunun hukuken muteber olup olmadığı hususunda cevap vermek kolay değildir. Polisteki beyanlar maznunun haberi olmadan banda alınmışsa, verdiği ifadeyi son tahkikatta değiştirebileceğine inanmış olabileceğinden, bu bandın dinlenmesi makbul bir delil olmayacaktır. Hâkim resmî bir makam tarafından hile ile temin edilmiş bir delile istinad edemez. Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunumuza ithal edilen yukarıda bahsettiğimiz hükme göre hâkim ve diğer tahkikat makamlarının hile ile bir beyan temin etmeleri yasaktır. Maznun, sözlerinin tesbit edildiğini bildiği takdirde yazılı olarak bilâhare kendisine karşı kullanılacak zabıtlarda vereceği ifadesinden tamamiyle başka şekilde ifade vermektedir. Hâkimin fonksiyonu ile hâkimin bilgisinin maznunun aldatılmasına istinat ettirilmesi kabili telif değildir.

Maznunun banda alınmış ifadesini kabul etmesi halinde ise bu bandın, mahkeme içtihatlarına göre son tahkikatta dinlenmesi muteber bir delildir.

Polis önünde beyanda bulunan bir şahidin tahkikat sırasında şahitlikten çekinme hakkını kullanması ile çeşitli şekilde cevaplandırılan ve sık sık bahis mevzuu olan bir mesele ortaya çıkmaktadır. Böyle bir hal meselâ, yakın hısımlar için tanınmıştır. İmparatorluk Temyiz Mahkemesi İkinci Dünya Harbinin sonuna kadar böyle bir durumda ifadeyi alan polisin şahidin beyanları hakkında dinle-

nebileceğini kabul ediyordu. Literatürde bu başkasının beyanına şahadete şiddetli hücumlar yapılmıştır. Çünkü bir defa bu halde şahitlikten çekinme hakkının bertaraf edilmesi gibi bir durum bahis mevzuu olmakta, diğer taraftan da polisin beyanlarının kat'iyet arzetmiyeceği ileri sürülmektedir. Polisin günde bir sürü ifade alması, ilk ifade ile son tahkikat arasında çok defa uzun bir süre geçmiş olması, hâdiseye karşı alâka duymıyarak lâkayit kalması gibi sebepler polislerin ifadelerinin bir değer taşımayacağı delilleridir. Meğer ki polis kısa bir müddet evvel dosyayı tetkik ile okumuş olsun. Bu halde de onun hâdiseyi hatırlaması işittiklerine değil okuduklarına dayanacak ve böylece doğrudan doğruya prensibi ihlâl edilmiş olacaktır. Bu sebeplerden Federal Mahkeme kısa bir müddet evvel bu usûlün, polisin sorgu sırasında şahide şahitlikten çekinme hakkı bulunduğunu ikaz etmesi hali ile etmemesi arasında bir fark gözetmeksizin, muteber olmadığını beyan etmiştir. Zira Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu şahitlikten çekinme hakkını sadece hâkim önünde tanımaktadır.

Fakat şahit sorgu hâkimi önünde sorguya çekilmiş ve hâkim kendisine şahitlikten çekinme hakkı bulunduğu yolunda ikazda bulunmuş ve fakat şahit bu haktan feragat ederek beyanda bulunmuş ise durum tamamiyle başkadır. Bu halde şahide şahitlikten çekinme hakkının bulunduğu hâkim önünde hatırlatılmıştır. Şayet şahit son tahkikat sırasında şahitlikten çekinme hakkına istinat ederse tahkikat hâkimi sorgu hâkimini dâvet ile ona tahikat sırasında şahitten neler işittiğini sorabilir.

Bu kısa konferansımda sizlere ana hatları ile hâkimin durumunun Anayasadaki hukuk devleti prensibi ile eskiye nisbetle ne şekilde kuvvetlendirilmiş olduğunu ve Ceza Usûl Hukuku sahasında idarenin keyfî hareketine ve haksız müdahalesine karşı vatandaşın mümkün olduğu kadar himayesi düşüncesinin ne dereceye kadar yer aldığını gösterebildiğimi ümit ediyorum.

Tercüme eden : *Doç. Dr. Y. Ümit DOĞANAY*