

henneme giden yollar iyi niyet taşlarıyla döşenmiştir. Bunlar basan bedelini ödemelidir.

Yargıçlara tanınan, güvence ve özgürlükler sorumluluklarla dengelenmedikçe; yargı bağımsızlığı da yargıç kimliği de yozlaşır. Bu nedenle; ülkemizde de ağır güvensizlik olgusunu yaratan ya da güvensizliği sürdürerek ağırlaştıran yargıçların görevlerine son verecek bir düzen kurulmalıdır. Mahkemelerin bağımsız olması, ancak kendilerini hukukun üstüne koymamalı; görevini yapmayan yargıçlar kamuoyunun güvenini yitirir, güven ise yargının özündeki olmazsa olmaz bir kavramdır.

Bir çok ülkede güven yitiren yargıçların sorumlulukları ve yönetsel cezaları ağırlaştırılmıştır. Örneğin Almanya'da yönetsel cezalar uyarı, para cezası ve görevden uzaklaştırma ile sınırlıdır. Yargıç kimliğinin gereğini yapmayan güven vermeyen yargıçlar ya başka yargı yönetsel birimlere atanır ya da tamamen görevden uzaklaştırılır. Bizde ise, çoğun memur gibi yeri değiştirilir; yargıya güvensizliğin boyutları ve etkileri düşünülmez.

Şimdi yargı bağımsızlığı ve yargıç kimliği konusunda bir değerlendirme yapabiliriz:

Yargı bağımsızlığının içeriği yargıçlara tanınacak üst düzeyde güvenceler, özgürlüklerle doldurulmadan ve yargıçların bu güvence ve özgürlükleri kötüye kullanma olasılıklarını önleyecek

önlemler (bilgi - kültür- etik değerler ve sorumluluk kurallarının işletilmesi) alınmadan yargı bağımsızlığından söz etmek olanaksızdır; ayrıca yargıç kimliğinin oluşması, korunması ve geliştirilmesi de gizil bir tehlike ile karşı karşıya kalır.. Adalet dağıtmakla görevli kişinin yargıç kimliğini kazanmasının başka yolu yoktur.

Yargı bağımsızlığının ve yargıç kimliğinin çağdaş ölçülerde yerleşmesi olanaksız olmasa da kolay değildir. Yargıçıyla, bilim insanımızla ve politikacımızla taşın altına elimizi sokarak bu gün başlasak usum on yıl dese de, moral bozmamak için beş yıldan önce yargıç kimliğinin egemen olduğu yargı düzenine kavuşmak olanaksızdır. Bu nedenle özellikle son bir yıl içinde işin özüne inmeden usul ve diğer yasaların da yapılan değişiklikler çağdaş bir yargı düzeni kurmanın olanaksız olduğunu politik güç anlamalıdır. Anılar mı dersiniz?

Gelin birlikte dua edelim: Tanrım, bizleri yargıç kimliğini kazanmamış ya da kaybetmiş memurlaşmış bir yargıç önüne çıkartma...

Doğrusunun, eğrisinin birbirine karıştığı yaygın eleştirilerin, söylentilerin yargıyı daha da yıpratacağı bir olgu. Yanlış anlaşılmasın, saydamlığın hiç mi hiç sınırlandırılmadığı alan yargıdır; bu nedenle yargı da yargıçlar da eleştirilmelidir.

Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm

Mustafa Kutlu^(*)

Adalet, yeryüzünde sadece mağdur psikolojisi olarak kaldığı sürece hayatı değiştirme potansiyeli yoktur.

Giriş

Yargıç ile konformizm, bir kamu düzeninde yapının gereği bir arada olması gereken iki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu cümlelerin algılanmasında adalet, demokratik sosyal hukuk devletine, insan haklarına, hukukun temel ilkelerine, hukuk güvenliğine, hukuksal amaca ve yargı etiği ile yargıcın saygınlığına yüklenen beklentilerin öne çıktığı söylenebilir. Demokratik sosyal hukuk devleti olarak cumhuriyeti bir amaca uygunluk içinde değerlendirecek, adaleti ve insan haklarını savunmak, bu değerlere ulaşmak için hukuku savunmak anlamına gelmektedir. Günümüzde artık bir hukuk piramidinin tepesine adaletin yerleştiği ve bu pramidin altında kalan her yapı taşının adaletle yöneldiği sonsuz büyüklükte bir hak arayışı ve hukuk yapısından söz etmek gerekmektedir. Yaşamımızın ve insanlığımızın kalitesinin bu arayışa bağlı olduğunu geçmiş ve bugün bize olanca çıplaklığıyla göstermektedir. Yargı erkini kullanan somut kurumsallaşmanın gerçekliğinden söz ettiğimizde dünyanın her yerinde yargının ve yargıcın tümüyle ya da kısmen konforme edildiğinden söz edilebilir. Yargı

iktidarının kullanıcısı olan yargıç, hiçbir kamu görevlisinin elinde bulunmayan yetki ve görevle çerçevelenmiş durumdadır. Yargıç dışında, hukuk devletinde hiçbir kamu görevlisine, meşru bir şekilde, özgürlük, mülkiyet hatta yaşam üzerinde belirlemeler yapma hakkı ve yetkisi tanınmamıştır. Bu iktidarı kullanan yargıcın her türlü olumsuz konformitesi yaşamımızın ve haklarımızın iki dudak arasında kalmışlığının işareti olmaktadır. Bu nedenle yargıcın ya da geniş anlamıyla yargı erkini konformitesi her bireyin haklarını ve hukuk güvenliğini tehlikeye açık hale getirmektedir. Ancak yargı iktidarının bir beklenti iktidarı olduğunu düşündüğümüzde adalet, hukuka, hakkın özüne ve korunmasına yönelmiş bir yargı iktidarının temel ve güncel güvencemiz olduğunu tüm açıklığı ile görebiliriz. Bu nedenle yargı iktidarının her türüyle olumsuz konformitesine tüm yurttaşların açıkça karşı çıkması, adaletin yaşamsallaşması ve haklarımızın gerçekliği için zorunlu görünmektedir. Yargı bağımsızlığı ile yargıcın tarafsızlığı ve güvencelerinin en önemli amacı bu kurumların olumsuz anlamda konforme edilmelerini önlemektir. Bu yazının, konformizmi algılama biçimi, yargı erkinin ve yargıcın bir tür yönlendirme ve benzeştirme ile güdüm altında tutulması, bu yolla gerçek kamusal işle-

(*) Yargıç.

vinden uzaklaştırılarak, gerçekliğinden koparılması üzerine olacaktır. Kamu düzeninin oluşumunda yargıcın işlevi ve bu işlevin gerçekleştirilmesinde yaşanan sorunlar ve farklı yönelimler nelerdir? Yargıcın ve yargıcın varlığı kamu düzeninin adil ve doğru bir şekilde oluşmasını sağlıyor mu? Bilincimizin ötesinde yargıç gerçekliğinde bilinçdışı bir eğitim olabilir mi? Sorularını sormamız gerekmektedir. Burada dikkat çeken olgu, çeşitli biçimlerde kurulan kamu düzeninin yargıyı ve yargıcı saldırganlığının aracı olarak kullandığı ve yargıların bu olgunun neresinde durduklarıdır. Yazının içeriğindeki konular irdelenirken karşıtlık ilişkisi kurularak bir çatışma haline özellikle vurgu yapılacaktır. Bu çatışma hali, istemlerimizin haklılığını bize olanca açıklığı ile gösterebilir. Bu yazı yargıçlık kurumu üzerine olmasına karşın, yargıçlık kurumunun uzantısı olarak savcılık kurumunun da içinde bulunduğu hali, benzeşen özellikleriyle gösterecektir.

I - Kamu Düzeni ve Konformizm Kavramları

Kamu düzeni ile konformizm arasında yakın bir bağ bulunmaktadır. Toplamların yapıları ve gelişmişlik düzeyleri, en yetkin kavram ve araçları kendi biçimine dönüştürme eğilimi taşımaktadır. Bu nedenle sosyal beklentiler ile sosyal gerçeklik arasında çoğunca bir karşıtlık ilişkisi bulunmaktadır. Her toplum içinde; bireysel ya da grupsal ilişkilerinin yapısında, sonsuz sayıda çoğul hal üretir, siyasal, yöresel, mesleki, cinsel, dinsel gibi büyük ayrışmalardan, en küçük ayrışmaya değin sonsuz çoğullukta farklı hal barındırır. Toplumlarda ve siyasal yapılarda egeyen iktidar ilişkileri ile toplumsal ola-

rak farklılaşmış katmanlar arasındaki çıkar çatışmaları ve bu çatışmaları sürekli kılan iktidar odakları bulunmaktadır. Kamu düzeninin gerçekliği bu çatışmalı toplumsal ilişkiler içinde varlık kazanmaktadır. Ancak toplumsal olarak insan bireyi için, genel olarak, belirlenmiş bir yaşam ve kurallarla çerçevelenmiş yaşam düzeyinin olması zorunludur; bu yaşam düzeyinin toplumca korunup yaşatılması ve geliştirilmesi gerekmektedir. Burada her türüyle çatışmadan kaçış ve toplumsal katmanlar arasında şiddeti engelleme güdüsünün ve yöneliminin öne çıktığı görülmektedir. Sosyal barışın sağlanmasında sıkı bir kitle disiplini yerine kamusal ve kurumsal organizasyonla çeşitli düzeylerde hukuk toplumunun örgütlü gücünün ortaya çıktığı gözlenmektedir. Hukuk toplumunun gelişmişlik düzeyine ve kendini yeniden konumlama durumuna göre ülküsel sosyal düzene ulaşmakta ya da ulaşamamaktadır. Bu evrede cumhuriyet ve demokratik sosyal hukuk devletinde, kamu düzeninin üstün değerleri ile yaşanan gerçeklik arasında uçuruma yol açan konformizm önemli hale gelmektedir.

Kamu düzeni ile konformizm kavramları arasındaki yönelimin izlenmesi açısından tanımları arasındaki ilişkiyi görmek gerekmektedir. Kamu düzeni kavramı; "Kamunun (toplumun) her bakımdan genel çıkarını koruyucu hükümlerin tümü; bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılması, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireyler arasındaki ilişkilerde hukuku, huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü; bir başka yönden de; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tu-

tan, toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan bütün kurallar"⁽¹⁾ olarak tanımlanmaktadır. İnsan yaşamının toplumsallığı, insanların bir düzen içinde yaşamalarını zorunlu kılmaktadır; bu düzenin değişmez ve vazgeçilmez bir özü vardır. Bu öz insan hak ve özgürlükleridir; insan hakları ancak bir düzen içinde varolabilir. Bu düzen ile insanın toplumsal varlığının meşru bir şekilde gerçekleşmesi arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kamu düzeni ile insan hakları arasındaki ilişki birbirini doğuran niteliktedir, kamu düzeninin olmadığı yerde insan haklarından söz edilemez. Kamu düzeni üç temel unsurdan oluşmaktadır: Güvenlik, sağlık ve esenlik⁽²⁾. Demokratik sosyal hukuk devletinin sağladığı kamu düzeni, içinde, hukuk güvenliğine verdiği değer ve toplumsal esenliği sağlamanın ne anlama geldiğini de ifade etmektedir.

Konumuz açısından konformizm'e verdiğimiz anlam bütünlüğünü belirlemek gerekmektedir. Konformizm kavramının Türkçe karşılığı "uymacılık" olarak adlandırılmaktadır. Konformizm veya uymacılık; "Yürürlükteki kurum, ölçüt veya şartlara kesin olmayan katı kalıplara, eleştirici bir değerlendirme yapmaksızın uyma"⁽³⁾ veya "Geleneklere ve törelere bağlı olma; baskılara hemen boyun eğme; herkesin düşüncesiyle bağdaşabilme; herkesle kolayca anlaşabilme"⁽⁴⁾ ya da "Yerleşik göreneklere uymak, çoğunluğun düşünce ve davranış biçimlerini, toplumun değer ve normlarını kabul etmek eğilimi"⁽⁵⁾ anlamına gelmektedir. Konumuz açısından

önemli bir başka tanım geleneksel konformizmin anlamlandırılmasıdır: "Geleneksel konformizm, toplumun geri kalan kısmına kendi düşünme tarzlarını dayatan baskın bir sınıfa boyun eğmek"⁽⁶⁾ olarak tanımlanmaktadır. Konformizmin (uymacılığın) oluşumunda, toplumsal gerçeklik iki şekilde görülmektedir. "İlk oluşum normların içselleştirilmesi sürecidir. Bu süreç yardımıyla normlar, bireye bir dış baskı olarak görünmekten çıkarak kendi kişiliğinin bir bileşeni, toplumsal kimliğinin temel bir ögesi durumuna gelir."⁽⁷⁾ Bireylerin normları içselleştirmesini sağlayan mekanizmalar vardır. "Bu mekanizmalar, kuralların çiğnenmesini cezalandırmaya katkıda bulunan mekanizmalar olabilecekleri gibi, herkesi yerleşik ve kabul edilmiş alışkanlıklara uydurmaya zorlamak için daha dolaysız bir biçimde etkiye bulunan mekanizmalar da olabilirler. Buna göre toplumlar, üyelerinin uygunluğunu sağlama biçimleriyle olduğu kadar, aralarında her birine sağladıkları özgürlük alanlarıyla da birbirlerinden ayrılırlar. Böylece uymacılık ve normallik, birbirine karışmaz."⁽⁸⁾ Uymacılık kavramını uymak ya da uyum göstermek eylemlerinden ayırmak gerekmektedir. Toplumsal yaşam her türüyle bireyleri uymak ve uyumlu olmak üzerinde biçimlendirmektedir. Bireyler toplumda varolan ya da ortaya çıkan sosyal etkenlere karşı uyum gösterme veya karşı gelme refleksi geliştirirler. Toplumsal yaşantıda bireyler daha çok özel çıkarlarının peşinden giderler, ancak kural olarak, tüm

(1) Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin, 5. Baskı, Ankara 1996, s.433.

(2) Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s.55.

(3) *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, Cilt:2, 9. Baskı, Ankara 1998, s.2294.

(4) Yılmaz, s.478.

(5) Büyük Larousse, *Sözlük ve Ansiklopedisi*, Milliyet Gazetecilik, 23. Cilt, s.11991.

(6) Jean-Marie Guéhenno, *Demokrasinin Sonu*, Çev. Mehmet Emin Özcan, Dost, Ankara 1998, s.70.

(7) Büyük Larousse, s.11991.

(8) Büyük Larousse, s.11991.

bireylerde genel yarara ve genel yararlar kişisel yararın birbirini kapsadığına ilişkin kanılar da vardır. Toplumsal uyum ve uyumsuzluğun belirlenmesinde kamusal haklar düzeninin, insanlık değerlerinin ve insan haklarının geçerli ölçüt olduğu görülmektedir. Bu olgunun gerçekliğinin saptanmasında toplumun etik değerlerinin, toplumsallık ve bireyler üzerinde kapsayıcı etkisi bulunmaktadır. Etik değerleri, toplumun harcı olarak, toplumsal ve bireysel ilişkilerde bir tür görgü ve insanın kendisine içkin çeşitli normallikler ya da aykırılıklar yaratmaktadır. Burada daha çok vicdani kanı olarak ortaya çıkan algılama biçimi davranışlarımıza ve tutumlarımıza yön vermektedir. Bu anlamıyla etik ile konformizm çoğu yerde çatışma halinde bulunmaktadır.

İnsanın yıkıcılığının kökenlerinde, hangi yapısal unsurların bulunduğu, tartışa gelinen uzun bir tarihle yüzleşmek anlamına gelmektedir. İnsanın yıkıcılığının kökenlerinde, her şekilde egemen olana uymaya, egemen olanı kabullenmeye dönük iradesinin yer aldığını görmek gerekir.⁽⁹⁾ Egemen olana uyum gösterme çoğu zaman kabullenmeyi içerir; bu kabullenme uzun bir tarihin ve yaşantının verdiği toplumsal tavra alışmayı, benimsemeyi ve sonunda içselleştirerek normalleştirmeyi beraberinde getirmektedir. İnsan yaşamı, tarihsel bir varlık olarak atalarından ona aktarılanlar ve onun edindiklerinden oluşmaktadır, tümüyle, bu zincirle-

(9) Guéhenno, s.70.

(10) "...Türk toplumu, yolsuzlukları özendiren bir ahlak anlayışına sahip. "Balığın baştan koktuğu", "Devlet malının deniz, yemişenin domuz" sayıldığı, "balı tutanın parnasını yaladığı", "gemisini kurtaranın kaptan olduğu" bir toplum.", Sami Selçuk, *Yolsuzluklar*, HFSA, İstanbul Barosu, Haz. H. Ökçesiz, 7. Kitap, İstanbul, Ağustos 2003, s.178.

(11) "Bu bağlamda iktidar ilişkisi, tahakkümle eş anlamlı gelir ... Bu bağlamda devlet, öteki tahakküm gruplaşmaları arasında bir tür olarak görünür: idari yönetiminin, meşru şiddet tekelinin hak talebinde bulunduğu bir tahakküm grubu...Devlet bu şiddet geri-planı üzerine kurulur: farklı tarihsel şekilleriyle meşru tahakkümü somutlaştırır." Marc Abélès, *Devletin Antropolojisi*, Çev. N. Ökten, Kesit Yayıncılık, İstanbul 1998, s.89.

me oluşum nesiller boyu sürerek çeşitli biçimlerde değişimlere uğramaktadır. Sosyal değişimin nereden ve nasıl yol alarak gelişim gösterdiği ve hangi çıkara ya da yarara hizmet ettiğini anlama bilmek için elimizde anlaşılır kriterlerin olması gerekmektedir. Yaşanan toplumsal değişimler ve gelişmeler, sonuçta, amaçlı ya da amaçsız olsun mutlaka bir çıkara ya da yarara hizmet etmektedir. Bu değişimlerde kamusal olarak arzulanana ise, ülküselleştirdiğimiz üstün değerlere kısacası ortak yarara hizmet etmesidir. İnsanın kendine ait evrensel değerleri ve beklentileri vardır; tarihler boyu değişmeden kalan sürekli yücelik nesnesi olarak yaşamlarımızı dolduran değerler. Bu değerlere ahlak kuralları desek de, ahlak kurallarının da çeşitli biçimlerde yerleştiği, dogmalaştığı, bir tür saplantıya ve tahakküme dönüştüğü durumlar bulunmaktadır.⁽¹⁰⁾ Burada amacımız etik değerleri de içine alan, ancak ondan çok daha geniş bir sosyal tavrı ve kurumsal organizasyonu güvence olarak kamunun hizmetine sunmaktır.

Toplumsal hayatta aslında benimsemediğimiz bir çok olgu ile yüz yüze geliriz. Hayat şartları karşısında insanın ikiyüzlülüğünü gizlemesi zordur, insanlar sosyal düzenlerde çeşitli biçimlerde iki yüzlü olmaya zorlanmaktadır. Devlet yapısının topluma ve bireylere sunduğu yaşam tarzı bazen zorbalık, çoğunca çeşitli biçimlerde gerçekleşen tahakküm ilişkileri olmaktadır.⁽¹¹⁾

Devletle var olmak, bir iktidar odağına uyruk, hatta çarpıtılmış bir rıza gösterisi altında tebaa olmak anlamına gelmektedir. Ekonomik düzenin zorlu pay kapma arenalarında gününü kurtarmaya zorlanan insan için her yol mübah sayılmaktadır. Her şekliyle kendini ve çevresini sosyal düzenin yaşamsal tehditlerinden korumak isteyen insan, sonunda konforme olarak, kendisine karşı, kendisi için, büyük bir ters uyumun içine girmeye zorlanmaktadır. Bu durumda insanın onurlu olarak ayakta kalabilmesinin ölçüsü çoğu zaman ekonomik gücü olmaktadır. Bu ekonomik güç ise, karşı durulan ekonomik ve toplumsal düzenin getirisi olmaktadır. Böylece kamu düzeni, amacından saparak gerçeğinin başka yerde ve şekilde olduğu bir çarpıtma zeminine dönüşmektedir. Demokratik sosyal hukuk devletinin kamu düzeni ile yaşanan egemen kamu düzeni arasındaki yabancılaşma oldukça belirginleşerek bireyleri bu yapıyla uyum içinde olmaya zorlamaktadır. Artık kamu düzeni de konforme olmuştur; bu durumda insan ve onun yarattığı her şey konformizmin güdümüne girmiş durumdadır. Sonuçta kamu düzeninin konforme olması demek; “kamu düzeninin, çeşitli kişisel, grupsal, toplumsal ve siyasal iktidar ilişkileriyle güdüm altına sokularak, gerçek amacından ve içeriğinden uzaklaştırılması ile genel yararın yok edilmesi yoluyla çeşitli biçimlerde gerçekleşen kişisel ya da grupsal çıkarlara hizmet eder hale gelmesidir.” Bu bağlamda bir kamu düzeni olarak hukuk düzeni, yargı düzeni ve yargıçlık kurumu ile konformizm

arasındaki ilişki çarpıcı sonuçlar doğurmaktadır.

II – Yargıç Kimliğinin Konformitesi

Kamu düzeninin konformitesinin çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Her insan yaşamı boyunca konformizmle iç içe yaşamaktadır. Bunun biraz da insan olmayla eşdeğer olduğu söylenebilir. Ancak insanlığın kazanımları ve beklentileri ile konformizm arasında uzlaşmaz bir çatışmanın olduğu da yadsınamaz. Konformizm bu anlamıyla çeşitli biçimlerde gerçekleşen irili ufaklı iktidar ilişkileriyle varlık kazanmaktadır. Yargıcın konforme olması, ortalama bir yurttaşla göre üzerinde durulması gereken tehlikelere işaret etmektedir. Kim neye koyarsa koysun insanlık tarihi boyunca yargıç, insanlar için farklı ve özel öneme sahip biri olmuştur. Yeryüzündeki her diktatörlük, hatta insanlık dışı yönetimlerde dahi yargıçlar hep var olmuşlardır.⁽¹³⁾ Çeşitli biçimleriyle yargıcın olmadığı bir toplumsal düzen yoktur. Ancak tarih boyunca yargıcı her zaman bir hak sujesinin bekçisi ya da insan haklarının koruyucusu olarak görmek mümkün değildir. Hatta bunun tersini söylemek çoğu örnekte daha gerçekçi görünmektedir. Bir şekilde erdemlerin tümünü ve haklarımızı, yüksek algısına, ahlakına, bilgisine, deneyimine, cesaretine, tarafsızlığına, doğruluğuna ve adilliğine inandığımız ve güvendiğimiz ya da güvenmek istediğimiz adil bir kamu görevlisine, yargıcın ellerine teslim etmek istemekteyiz. Bu durum bir beklentiye yol açtığı kadar, arzulanan ve amaçlanan bir sonuca da

(12) "Yasa siyasal iktidardakilerin arzularıyla özdeş kılınır. Adliyyeye, polis'in tavsiyeleri ile çelişik olmaması gerekli, polis gücünün bir dalı olarak bakılır. Polis gücü de özellikle seçkin sınıfın gerçek ya da hayali siyasal ve toplumsal dışmanlarına karşı bekçilik görevini üstlenmektedir." H. Odera Oruka, *Yasal Terörizm ve İnsan Hakları*, Çev. T. Anđ, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Türkiye Felsefe Kurumu, Haz. İ. Kuçuradi, 2. Baskı, Ankara 1996, s. 139.

bağlı tutulmaktadır. Yargıç imgesi hep bu duygu ve düşünüşle insan zihninde yer edinmiştir. Ancak bu beklenti ve amaç çeşitli biçimlerde değişime uğrayarak, önce bilinçsizleşerek amaçsızlaşmakta ardından da güdüm altına sokulmaktadır. Bu duruma neyin yol açtığını yurtaş olarak bilmek zorundayız.

1 – Yargıç Kimliğinin Toplumsal Konformitesi

İnsanın toplumsal bir varlık olması ve toplum içinde kendisine bir anlam ve bütünlük kazandırması nedeniyle doğasında bulunan bir tür uyum gösterme dürtüsü vardır. Bu durum insanın birey olarak varoluşunda ikili bölünmeye yol açmaktadır. Yaşamsal gerçeklik karşısında olan ve olması gereken olarak adlandırabileceğimiz akli bölünme, ahlak kuralları ve duygularla desteklenerek içsel ve dışsal çatışma ve zorlamayla biçimlenerek insan doğası üzerinde belirleyiciliğini kurmaktadır. İnsanın bu evrede iki farklı tavır geliştirdiği görülmektedir: Birinci durumda sosyal bilincin meydana getirdiği olumlu bir uyum ile diğer insanlarla yaşam ortaklığı, çeşitli biçimlerde paylaşmaya dayanan zorunlu ve bilinçli dayanışma; ikinci durumda ise, verili durumları olduğu gibi kabullenme, muhakeme yaşamadan toplumsal düzen içinde var

oluşunu edilgence belirleme ve kabullenme iradesi. Bir tavır alışın olduğu bu durumlarda seçimlerimizin niteliğini toplumsal benliğimiz belirlemektedir. Bu noktada yönelimlerimizin ve gelişimimizin alacağı özellikler hayat karşısındaki yerimizi ve tutumlarımızı farklılaştırmaktadır.

Yargıcın insan bireyi olarak gelişimini izlemek, onu değerlendirirken gerçek yapısını anlamamıza yol açar. Yargıçlar toplumsal olarak, farklı sosyal katmanlardan ve yapılardan, farklı değerler ve eğilimler ile dünya görüşlerinden gelerek mesleklerine başlamaktadırlar.⁽¹³⁾ Dünyanın her yerinde az veya çok hukuk fakültelerini bitirmek çoğu örnekte hukukçu olmak için yeterli değildir.⁽¹⁴⁾ Hukukçu olmak başkalaşarak belirli bir bilinç, inanç, vicdan ve yüreklilikle dolu olmayı ve davranmayı gerektirmektedir. Haksızlık karşısında hukukçunun duruşunun bir farkı olmak zorundadır. Bu fark onun görevi, bilinci ve yetkinliği olduğu kadar gücü ve yükümlülüğü de olmaktadır.⁽¹⁵⁾ Ancak Türkiye özelinde hukukçu olmak yasal ve uygulanan mevzuat ile adliye kültür ve uygulamasını öğrenmekle eşdeğerdedir.⁽¹⁶⁾ Mevzuat ise nereden ve ne amaçla gelirse gelsin uygulanması ve uyulması gereken yazılı kurallar bütünü anlamına gelmektedir. Burada katı po-

zitivizmin hukukçu üzerindeki etkisini dile getirmenin ve hukuk güvenliğine bağlanan bir beklentinin öne çıktığını söylemek gerekirse de böyle bir duruşun varlığı söz konusu değildir. Çünkü çoğunca hukukçularımızda böyle bir bakış açısı ya da kavramlaştırma, kısacası hukukça bir bakışın izleri bulunmamaktadır. Hatta çoğu örnekte hukukçuların böyle bir düşünüşü veya bilgiyi öğrenmemiş, duymamış oldukları bile ileri sürülebilir. Hukukçunun bu yetersizliği meslek adamı olduğunda katlanılmaz hale gelmektedir.⁽¹⁷⁾ Çünkü kamu görevlisi veya yurtaş olarak kamu düzeninin biçimlenmesinde hukukçular kilit özelliğe sahip olmaktadır. Özellikle toplumun barışlandırılmasında yaşanan sorunlar ve yetersizlikler, somut hak kayıplarına yol açtığı kadar, sosyal adaleti ve toplumsal barışı ortadan kaldıran yeni yapılara da geçit vermektedir. Bu durumun farkına varmak ve buna engel olmak demokratik sosyal hukuk devletinde hukuk düzeninin ve yargı erkinin amaçladığı kamu düzeninin en önemli amacı ve hedefi olmaktadır.

Hukuku öğrenmek, yargıç için şekli ve kuru bir nesnellikle birleşince, ait olduğu kurumsal düzen ve yargı düzeni yargıcı demokratik sosyal hukuk devletin değerlerine göre biçimlendirmeyi bir kenara bırakır. Bunun açık kanıtı olarak, yargıda insan unsuruna önem

verilmemesi gösterilebilir. Yargıcın memurlaştırılmasının altında böyle bir etkenin olduğunu düşünmemizi gerektiren bir çok unsur bulunmaktadır.⁽¹⁸⁾ Bu durum adalet, hukuk, insan hakları, özgürlük, eşitlik, güvenlik ve bağımsızlık gibi yüksek değerleri, yargıç duyumsaması ve algılamasında içeriksizleştirmektedir. Sonuçta özgür olmayan bir yargıcın değer yaşayamaması gibi tehlikeli bir durumla karşı karşıya kalmaktayız. Yargıcın özgürlüğü, ona yakışan bir hayatın ve mesleğin oluşmasında onsuz edilemeyen bir değerdir. Bu yüksek değerlerin yargıcın kişiliğinde yer etmemesi, yitirilmesi ya da gerçekleştirilememesi kamu görevinin, hukukun ve adaletin hatta hayatın anlamsız ve sıradanlaştığı bir sonuçla yüzleşmemizi gerektirmektedir.⁽¹⁹⁾

Hukukçu olarak yargıçların çeşitli biçimlerde konforme edilmesinin altında determinizm unsuru bulunmaktadır. Yargıcın davranış biçiminde, yargıca yüklenen amaçlardan çok, geçmiş olayların şekillendirdiği yapı söz konusudur. Yargı tarihi incelendiğinde yargıçların özgür seçimi yerine, yargıcı determinizmin gereklerinin şekillendirdiği söylenebilir. Açıkça gözlemlenebileceği gibi yargıçların davranışlarını geleceğe ilişkin amaçlar değil, geçmiş nedenler şekillendirmektedir. Yargıçlar belirledikleri bir ülküsel kamusal ama-

(13) Artun Ünsal, Yüksek Mahkeme Yargıçlarımızın Toplumsal Kimlikleri Üzerine Bazı Veriler, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:10, Sayı:3, Eylül 1977, s.74.

(14) "Belirli dönemlerde Türkiye'deki hukuk fakültelerinde verilen eğitim eleştirilmiştir. Oğuz Onaran ve Koray Karasu hazırladıkları dokümanda yazdıkları gibi; hemen hemen bütün konunun uzmanlarının üzerinde birleştiği bir konu üniversitelerdeki hukuk eğitiminin tatmin edici olmadığıdır.", Kjell Björnberg, Paul Richmond, Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstisnâ Ziyaret Raporu, 28.09.2003 – 10.10.2003, Avrupa Birliği Komisyonu, Brüksel, T.C. Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tercümesi, s.107-108 <http://www.abgm.adalet.gov.tr/rapor.pdf>; Çetin Aşçıoğlu, Hukuku Yozlaştıran Hukuk Öğretimi-ni Sorgulamalı, *Cumhuriyet Bilim Teknik*, Sayı:832, 01.03.2003, s.7.

(15) Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü Bir Açıklama Şeması*, HFSA, 7. Kitap, Haz. H. Ökçesiz, İstanbul, Ağustos 2003, s.117.

(16) "Hukukçular gerçekte pozitif hukuk kuralları ve içtihatlar dünyasında yaşamakta, adliye kültür ve uygulaması yaşamlarına egemen olmaktadır. İşte hukuk uygulamasındaki bu bilimsel ruh eksikliği adli reform ve ya etkinlik sorununa karşı duyulan ilgisizliği de kısmen açıklar niteliktedir.", Mustafa Tören Yücel, *Hukuk ve Hakikat*, Kendi Yayını, Ankara 2001, s.26.

(17) "Ben üç mesleğin Türkiye'ye çok ciddi biçimde kötülük yaptığını düşünüyorum: tarihçiler, hukukçular ve gazeteciler. Bu üç meslek kendi kendilerine ihanet etmemiş olsalardı Türkiye bugünkü yerinden çok daha başka bir yerde olurdu.", Cem Erciyes, "Bana mı düşer tarihi gerçekleri açıklamak!", Ahmet Altan ile söyleşi, *Radikal* Kitap, 18.05.2001, Sayı:9, s.13.

(18) "Bireylerden var olan bilgi ve kültürlerini ve kendilerine sağlanan olanakları aşan ne kişilik ne sorumluluk beklenmemelidir. Yargı görevi üstlenen ilk dereceli mahkeme yargıçlarımızın büyük bir çoğunluğu; yoğun iş yükü, yansızlık ve bağımsızlıklarını sağlayacak yeterli güvencelerinin olmaması, çağın gerisinde kalmış memurlara özgü denetim, yükselme ve atama gibi özlük hakları, başta kitap olmak üzere araç gereç noksanlıkları ve en önemlisi yargıçlık açısından yeterli olmayan bilgi ve kültürleriyle memurlaşmış durumdadırlar." Çetin Aşçıoğlu, *Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Varı*, Kendi Yayını, 2. Baskı, Ankara 1995, s.14; Çetin Aşçıoğlu, *Yargıç Kimliği Yozlaşır mı*, HFSA, 5. Kitap, Haz. H. Ökçesiz, İstanbul, Haziran 2002, s.118. vd.

(19) Ahmet İnanc, *Değer Yaşamak*, Cumhuriyet Bilim Teknik, Sayı:898, 05.06.2004, s.7.

ca doğru hareket etmemektedirler; daha çok geçmişin izlerinde içgüdüsel davranmaktadırlar.⁽²⁰⁾ Çoğu durumda adaletin biçim değiştirerek yerleşmesi ile hukuk ilkesinin içinin, haksız olarak, gelenek ve töreye uygun doldurulmasının altında bu olgunun yattığı söylenebilir. Alışılmış kamu düzenin sorgulanmadan, adil, doğru ve güvenli kılınmadan sürgit yaşanmasında kanıksama, alışma ve normalleştirme ile dışındalık eğiliminin olduğu toplumsal yapı içinde doğrulanmaktadır. Dışındalık eğilimi kısaca 'bana dokunmayan yılan bin yıl yaşasın' sözü ile ifade edilmektedir. Bu sözün içeriğinde derin bir umutsuzluk ve kaçış ögesinin bulunduğunu anlamak güç değildir. Burada daha çok kendinden umutsuzlukla başlayan ve yaygınlaşarak toplumun üyelerine ve kurumlarına duyulan güvensizlikle katlanarak artan kendini kurtarma, kaçış, uzak durma ve açık bir haksızlığa seyirci kalma eğilimlerinin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu anlayış ve oluşum kişileri ve kurumları, daha da önemlisi dolaylı olarak kamu düzenini, birey ve yapı olarak zayıf ve güçsüz bırakmaktadır. Böylece yurttaş olmanın verdiği dayanışma bilincinin, özgür ve eşit birey olarak kendini gerçekleştirmenin, bunun araçlarını ve ortamını kamu düzeni haline getirme etkinliğinin, hukuk düzeni ve hukuk güvenliğinin vazgeçilmez unsurları olduğu görmezden gelin-

mektedir; daha vahimi böyle bir bilgi ya da duygulanımın kanıksanması yurttaş kamu öznesi olmaktan çıkarak tebaalaştırmaktadır; bunun bir diğer adı kullaşma arzusudur.⁽²¹⁾ İktidar güçlerinin baskın görüş ve tutumları karşısında, ayırık kalmanın iticiliği, korku duygusu, tutunma ve kabul görme isteğinin⁽²²⁾ yörüngesindeki insan için haklarına sahip çıkmak, bireysel özgürlüğünü gerçekleştirmek ve yurttaş sorumluluğu duymak, kısacası bu öğelere dayalı kamu düzeninde yaşamayı istemek son derece riskli isteklerde bulunmak anlamına gelmektedir. Yargıç için sorun burada bitmemektedir; özgürlüğü, eşitliği, güvenliği, doğruluğu ve adaleti istemek başlangıç için yeterli görülebilir; ancak susuzluk gibi hukuku, insanlığı ve adaleti duyumsamak, onsuz edememek yargıcın bilincine ve benliğine yerleşmedikçe, bu istek, bir imgenin tatlı serabı gibi geçici hevesten başkası olmayacaktır. Yargıcın kişi olarak bireysel varlığı bu biçimde şekillenerek oluşmaktadır.

Türkiye'de yargıçlar, genel olarak, toplumun orta halli kesimlerinden, hatta alt gelir ve sosyal gruplarından, daha çok kırsaldan, küçük kentlerle büyük kentlerin kenar çevrelerinden gelmektedirler.⁽²³⁾ Devlete çalışan aşağı yukarı herkes benzer durumdadır. Bu aidiyet yargıcın kişilik gelişimi ve sosyalleşmesiyle doğru orantılı sonuçlar doğur-

maktadır. Olgu burada bitmemektedir; buna toplumun yarattığı sosyal yaşamın yozlaşan etkisi de eklenmektedir, böylece yozlaşmanın kuşattığı ve oluşturduğu insan için yetersizliğin kapsamı tahmin edilemeyecek boyutlara ulaşmaktadır. Her türüyle yoksul ve yoksun ailelerden gelen bireyler, refah, eğitim ve öğretim ile yaşamları, benlikleri ve onurları yüceltilmedikçe, toplumun yarattığı çevrenin olumlu tutum ve kararlılığıyla yetkinleştirilmedikçe acziyet, özgüvensizlik, bencillik, baskı, hor görme, gerileme ve yetersizlik şiddetli hissedilen duygular olmaktadır.⁽²⁴⁾ Bu nedenle her türlü yozlaşmanın ve geriliğin egemen olduğu sosyal düzenlerde sosyal yönden zayıflık asla giderilemeyen sorunlara ve yapılan işte anlam yitimi-ne yol açmaktadır. Bunun bir diğer anlamı, kişisel olarak normallik kazanan ve yaşanan başkalaşımın verdiği, derin bir unutkanlık ve değersizlik içinde bireysel değerlerin yok edilerek konformizm olmaktır.

Meşru amaçlar için devlete ya da devletle çalışmak son derece önemli bir gücü kamu görevlisinin eline vermektedir. Bu gücün en yoğun şekilde yaşandığı iktidar biçimi yargı iktidarının kullanımı sırasında somutlaşmaktadır. Yargı iktidarının kullanımında yargıç, haklar ve özgürlükler üzerinde belirlemeler yaparak hukuksal yaptırımın içeriğindeki zorlama gücüyle devlet iktidarının kullanımını zirveye ulaştırmak-

tadır. Yargı iktidarı, egemenlik yetkisi ile meşruluk kazanan devlet iktidarının kullanımından doğmaktadır. Devlet iktidarının kuvvetler ayrılığı olarak adlandırılan bölünmesi, siyasal iktidarın yozlaşmasını ve totaliter kullanımını önlemek için denge kurma amacına yöneliktir. Bununla insan haklarının ve hukuk güvenliğinin gerçekliğe dönüşmesi amaçlanmaktadır.⁽²⁵⁾ Bu nedenle demokratik sosyal hukuk devleti olan bir cumhuriyette kamu düzeninin oluşturulmasında yargı iktidarı etken durumda olmaktadır. Çünkü ona emanet edilen bir toplumsal güvence, yargı erkinin içinde konumlanmış durumdadır. Kamu düzeninde etkenlik, etkin olmayı zorunlu kılmaktadır, edilgenlik ise mahkemelerin edilgen suje olmalarından öte, yargı düzeninin anlamsal bütünlüğünün dışında kalmaktadır. Edilgenlik kendiliğinden harekete geçemeyi ifade eder ve yargı düzeni suç karşısında savcılık kurumunun iştevselliğiyle etkin hale gelir. Hukuk mahkemeleri ise genel olarak anlaşmazlığın ya da hukuk dışılığın yurttaş istemi yani dava ile önüne gelmesini bekler. Burada dış dünyada dönüştürücü, kurucu eylemlerle varlık kazanan bir iktidarın etkinliği söz konusu olmaktadır. Bu etkinlik kamu düzeninin esenliği ve toplumsal yaşamın sürekliliği için olmazsa olmazdır. Ancak yargı düzeni için bu gerçeklik yapısal bir kaçış mekanizmasına yol açarak konforme olabilmektedir.⁽²⁶⁾ Yasamanın ya da yürütmenin çı-

(20) Ahmet Çelikkol, *Freud Kuramı Ne Kadar Haklı?*, Cumhuriyet Bilim Teknik, Sayı:898, 05.06.2004, s.11; Timur Demirbaş, *Yargının Yapısal Sorunları*, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/timur_demirbas.htm

(21) "Kendi kendini kulluklaştıran, kendi boğazını kesen halk, özgürlük ve kulluk seçeneği karşısında bağımsızlığını terk edip boyunduruğu kabul etmiş ve bu kötü duruma razı olmak şöyle dursun, onu arzulamıştır.", Etienne de La Boétie, *Gönüllü Kulluk Üzerine Söylev*, Çev. M. A. Ağaoğulları, İmge, 2. Baskı, Ankara 1995, s.25.

(22) M. Emin Ceylan, *Türk İnsanın Özellikleri Üzerine...*, Cumhuriyet Bilim Teknik, Sayı:498, 05.10.1996, s.10.

(23) Ünsal, s.76, 78, 79; Mehmet Alev Coşkun, *Danıştay Üyeleri Hakkında Bir İnceleme*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, Mart 1970, s.131, 132.

(24) Yasin Ceylan, *Adalet ve Dinamizm*, HFSA, İstanbul Barosu, 9. Kitap, Haz. H. Ökçesiz, İstanbul, Şubat 2004, s.116.

(25) Daha geniş bilgi için, Mustafa Kutlu, *Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi, Hukuk Devletin Kökenleri*, Seçkin, Ankara 2001.

(26) "Yolsuzluklarla mücadelede, yolsuzlukların üç ayağını oluşturan siyaset-bürokrat-işadamları üçgenini kırarak yasal düzenlemelerin bütünlük içerisinde yapılmasıyla başanya ulaşılabilir. Gerekli olan, bu yönde gösterilecek siyasi iradedir." Sabih Kanadoğlu (Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı), *Yolsuzlukla Sanal Mücadele*, Cumhuriyet, 14.06.2003, s.9; Ahmet Şık, *İşkence: 150 Yıllık Huy*, Radikal, s.7; Başar Yaltı, *Toplumsal Suç Ortaklığı*, Radikal, 07.03.2001, s.8; Yasama dokunulmazlığının sınırlandırılması konusundaki tarihsel ve güncel istek ve tartışmaların bu konuya yeterli dayanak sağladığı düşünülebilir.

kar çevrelerince kuşatılması halinde ve bu iki güçten haksızlığa karşı gelme konusunda umutsuz olduğumuz hallerde,⁽²⁷⁾ yargı erkinin haksızlık karşısında susmasını ve başka iktidarların yüceliğini beklemesini istemek, yargı iktidarına yüklenen anlamı ve gerçekliği inkar etmek anlamına gelmektedir. Yargının tüm güçlerin gerisine itildiği bu durumda yargı ileri gelenlerinin edilgen tavır ve yaklaşımları, yozlaşmış düzeni arındırmak için doğrudan harekete geçme zorunluluğunu hissetmemeleri, her türlü yozlaşma ve yolsuzlukla savaşımı başlıca kamu görevleri olarak görmemeleri, bu nedenlerle yetkin bir biçimde ve sistemli olarak harekete geçmemeleri, bu konuda zayıflık ve güçsüzlük göstermeleri yargının acz içinde olduğunu en büyük kanıtı olmaktadır.⁽²⁸⁾ Bu aczin özellikle savcı meslektaşlar arasındaki tipik söylemi “bizim ancak köylü memet’e gücümüz yeliyor” şeklinde ifade edilmektedir. Bir hukuk devletinde yargının kamu gücü olarak anlamsal varlığı, tam da bu noktada gerçeklik kazanarak, demokratik sosyal hukuk devletinin kamu düzenini korumak amacıyla tasarlanmıştır. Burada dikkat çeken olgu; yargıçlar ya da savcıların ülkenin yağmalanmasından, çeşitli biçimlerde kamu yararının ayaklar altına alınmasından ve kamu düzeninin hukukdışılaşma itilmesinden son derece rahatsız olmalarına rağmen, yargıçları özellikle savcılarını tam anlamıyla harekete geçmekten ahkoyan salt mevzuatın engelleri değil-

dir; yargı düzeninin ve yargı ileri gelenlerinin konforme olmuş kendileridir. Bu yapı o kadar kanıksanmış ve benimsenmiştir ki, ülkenin hukuk ve adalet sorunlarından öte, yargıçlar ve savcılar kendi adliye yapılarının yozlaşmasını engellemekte bile yetersiz kalmaktadırlar. Adliye ya da adli kurumlardaki yolsuzluk ve yozlaşma belirtileri her gün yaşanan ve duyulan günlük olaylar haline gelmiştir.⁽²⁹⁾ Türkiye’de yapılan her ankette yargı ve yasama organ ve kurumları güven sıralamasında kendileriyle bağdaşmayacak şekilde alt sıralarda yer almaktadırlar. Burada artık kaçış mekanizmasını izleyen bir dışındalık eğilimi ve bilinçli ya da bilinçsiz bir anlam yitimi, bir tür körlük söz konusu olmaktadır. Bir yargıcın, daha doğrusu, özel ve yetkin olması gereken bir kamu görevlisinin içine düştüğü zayıflığın ya da çıkarıcılığının psikolojik ve sosyolojik tabanı vardır; yargıçların birey olarak gelişimi çoğu örnekte kaçış mekanizması ile kuşatılmış durumdadır.

“Sık kullanılan kaçış mekanizmalarından biri de, kişinin sorumluluklarını kendisi dışındaki kişilere ya da durumlara atmış gibi algılaması biçiminde görülür. Günlük yaşamda bu tür tepkileri herkes zaman zaman gösterebilirse de, bazı insanlarda süreklilik kazanmıştır. Bu insanlar kendi davranışlarının sonucu ortaya çıkan olumsuz durumların sorumluluğunun başka insanlardan ve durumlardan kaynaklandığını savunurlar.”⁽³⁰⁾

(28) Doğu Perinçek, *Mafyokrasi*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2004, s.50 vd.; Adnan Keskin, Çöte, Bolu’yu Rehlin Almış, *Radikal*, 18.02.2004, s.5; Demet Bilge, Suçların Üçte Biri Meçhul, *Radikal*, 18.05.2004, s.5; Enis Berberoğlu, Adaletin Bu Mu Türkiye?, *Hürriyet*, 29.06.2003, s.15; Artık Yolsuzluğa Alıştı, *Radikal*, 08.03.2001, s.11; Okay Gonenin, Sürekli Yolsuzluk Çemberinin Kaynağı, *Sabah*, 14.01.2001, s.6.

(29) Örnekler için bakınız; Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması, *Ekokitaplığı*, 2. Baskı, İstanbul 2001; Yargıtay’da meydana gelen olaylar hakkında bakınız, Yargıçlara İstifa Çağırısı, *Radikal*, 21.01.2004, s.7; Yargı:Çürükler Temizlenir, *Radikal*, 15.01.2004, s.5; Bilmece Gibi, *Milîyet*, 15.08.2004, s.1; Sedat Ergin, Tuhaf Yargıtay Oyküleri, *Hürriyet*, 17.08.2004, s.18.

(30) Engin Geçtan, *İnsan Olmak*, Remzi Kitabevi, 19. Baskı, İstanbul 1998, s.103.

Hukuk devletinin anlam yitimi olarak, kurulu hukuk düzeninin, hesap verirliliği ve şeffaflığı sağlayamaması, sosyal barışı yaptırımı ve etkinliği ile yenileyememesi hukuk güvenliğinin tüm yurttaşlar için ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Olan biteni bilerek ve özellikle görerek yargı iktidarını kullanan herkesin infiale kapılmaması, harekete geçmemesi, içindeki konformist edilgenlikten kaynaklanmaktadır. Çünkü hukukdışılığın gücü hakkın gücüne baskın gelmektedir; İrili ufaklı çıkarlar ve yetersizlikler pahasına haksızlık her yerde egemenliğini ilan etme eğilimindedir. Bu durumu ancak toplumun ve hakkaniyetin sağlam ve yerinde savunulması engelleyebilmektedir; toplumsal savunmanın demokratik sosyal hukuk devletindeki mercii yargının ve yargıcın kendisi olmaktadır.

Yargıcın kişisel yetersizliği, entelektüel zayıflığı, bilinç ve inanç eksikliği daha çok çıkar güden kişisel ya da genel geçer hatta daha tehlikeli feodal anlayışlarla birleşmektedir.⁽³¹⁾ Tam olarak toplumlaşmamış, ancak topluluk olma üzerinde duran, bireyleşmenin yaratmadığı toplumlarda hukukun üstünlüğünün ve hukuk devletinin hayata geçirilmesi bir tür seraba dönüşmekte-

dir.⁽³²⁾ Yargıcın birey olarak yaptığı kamu görevinin cesaretini ve gereğini sağlam bir biçimde ortaya koyması gerekmektedir.⁽³³⁾ Çünkü her hak ihlali ya da haksızlık, yargıcın adaletine sunulan bir muhakemenin her hukuksal olgu için yeni baştan kurulması anlamına gelmektedir. Cesaret eksikliği, salla başı al maaşı mantığı, suya sabuna dokunmama anlayışı, görevin gereği anlayışının zayıflığı, toplumsal tepkinin azlığı, hesap verirliliğin ve şeffaflığın yok edilmesi, eleştirel aklın ve eleştirinin olmayışı, sonuçta kamu görevinin keyfileşmesine yol açmaktadır. Bu durumda yozlaşma bireylerden başlayarak tüm kamu düzenini sarmaktadır; yargıç için ise adalet değeri ve hizmeti tamamen içeriksizleşmektedir. Böylesi bir yönelimi izleyerek oluşan kamu düzeninde, hakkaniyet, doğruluk ve adalet doğaları gereği yer bulamamaktadır. Kamu düzeninin bu türlü oluşumu en küçüğünden büyüğüne kadar her türlü sahtekarlığın geçerli ve olağan davranış biçimi haline gelmesine neden olarak yolsuzluk ekonomisine ve toplumun her yönden yozlaşmasına varan sonuçlar doğurmaktadır.⁽³⁴⁾ Böylece araç değerler amaç değerlerin önüne geçerek insan unsurunun bu şekilde biçimlenmesi

(31) Nevval Sevinçli, *Aşkın Ölümöl Etkileri*, *Kakitus*, 3. Baskı, İstanbul 2000, s.93; Muhsine Helimoğlu Yavuz, *Törelere Kana Doymuyor*, *Cumhuriyet*, 02.11.2000, s.2; Leyla Pervizat, *Uluslararası 'Namus'*, *Radikal*, 25.06.2001, s.9.

(32) “...bütün toplumda, sorunlar karşısında hemen çözümsüzlük duygusu gelişmesinin açıklanabilir nedenleri vardır...ancak statü olarak üst gruptan insanlar saldırgan davranabilir. Ama davranışın, yukarıda söylendiği gibi bireysel olmaması önemlidir. Bunun birden fazla nedeni vardır. Birincisi, bireysel davranışa alışık değilizdir. İkincisi bireysel davranış, hep toplumsal davranışa alışmış öteki insanlarımızın gözünde ileri derecede tepki toplar. Üçüncü neden de, bireyi davranışından ötürü topluma karşı koruyacak kurumların (özellikle mahkemelerin) toplumsal etkiden bağımsız olmalarıdır.” Ceylan, (1996), s.10; Hüner Tuncer, *Çözemediklerimizi...*, *Cumhuriyet*, 24.03.2001, s.2.

(33) “Anayasa Mahkemesi Başkanı Burnin, siyasileri ve yargıçları eleştirdi, yargıya ‘cesur ol’ dedi”, *Yargı Cesur Olmalı*, *Radikal*, 27.04.2004, s.1-7; Ergun Aksoy, *Selçuk Savcılara Kızgın*, *Radikal*, 30.01.2002, s.5.

(34) İsmet Berkan, *Sahtekarlar Kuşağı*, *Radikal*, 29.07.2004, s.3; “Hukuksuzluğun hakim olduğu yozlaşmış toplum-larda bu maliyet, hukuksuzluğun boyutlarına göre değişen oranlarda sifra yaklaşıyor. Sistematiik yolsuzluğun olduğu toplumlarda sistemin kendini düzeltereğine dair bütün umutlar çöker ve herkes gelecek beklentilerini ve şimdiki hareketlerini buna göre ayarlamaya başlar. Sistem kendini sürekli yeniden üretir.” Fırat İyler, *Yolsuzluktan Yozlaşmaya*, *Radikal* İki, 29.11.1998, s.3; Artık Yolsuzluğa Alıştı, *Radikal*, 08.04.2001, s.11.

ile güvensizlik, kötünîyet, haksızlık, sahtekarlık, bencilik, yolsuzluk ve çıkar düşkünlüğü normallik olarak algılanmaya başlamaktadır. İnsan unsurunun bu denli tahribi karşısında, yargıcın sağlam kalması ya da kalabilmesini beklemek fazla iyimser olmak anlamına gelmektedir. Ancak bu bozulmaya karşı koymak yaşamsal önemde bir etkinlik olarak karşımızda durmaktadır. Bu tahribata seyirci kalmak yerine, güvenilir ve inandırıcı bir toplumsal arınma mekanizmasının hukuk düzeni ile yargıcın içinde ve eyleminde her zaman varlığını koruması gerekmektedir. Kant'ın ünlü "kendi aklını kullanma cesaretini göster!" sözünü yargıç için burada şu şekilde uyarlayabiliriz: "kendi gücünü kullanma cesaretini göster!" Sonuç olarak:

"Adaletli biri ancak kendine, kendi doğrularına, zaaflarına, hırslarına, ego-suna gerçekten mesafe koyabildiğinde ve vicdan(ı) bunu onayladığında içindeki savaşçının önünü açar."⁽³⁵⁾

2 – Yargıç Kimliğinin Kurumsal Konformitesi

Hukuk düzeni olarak kamu düzeninin oluşturulması, yargıçların eğitimi, beklentileri, imkanları, meslek içi statüleri ve kurumsal kimlikleri ile de doğrudan bağlantılıdır. Yargıcın konformitesi kurumsal uygulamalarla da pekiştirilmektedir.⁽³⁶⁾ Bu noktada yargıçların Adalet Bakanlığı örgütü içindeki yerleri, adalet örgütünün yapısı ve devlet imkanlarından yargı hizmetinin ne kadar yararlandığı önemli hale gelmektedir. Yargıçların mesleğe alınmaları, adaylık sürecindeki meslek içi eğitimleri, yargıçlık kapasitesinin ve bilin-

cinin oluşumunu son derece etkilemektedir. Bu konuda 2003 yılı içinde hazırlanan Avrupa Birliği Komisyonu, İstisari Ziyaret Raporunda anlamlı belirlemeler bulunmaktadır:

"Bize göre, hâkim adaylarının seçimine Adalet Bakanlığının müdahil olması, yargıcın bağımsızlığı konsepti ile çelişmekte olup, önemli temel prensiplere tezat teşkil etmektedir. Endişe veren iki prensiple ilgili olduğumuzu belirtmek gerekir. İlk olarak, hâkim adaylarının seçiminin en azından kısmen de olsa siyasal bir birime bırakılmasının, mesleğe kabulle ilgili kararlarda politik sebeplere dayalı tarafsızlık ve peşin hükümlülüğe götürücü potansiyel bir tehlike meydana getirdiği söylenebilir. Bu konuda karşımızda bulduğumuz keyfiyet, hâkim adayı olmak için müracaat edenlerin Adalet Bakanlığı personeli ile mülakata girmeleri gerektiğidir. İkinci husus, hâkim olmak isteyenlerin Adalet Bakanlığına bildirilmesi ve sınav tarihinin tebliği için Hâkim Adayları Eğitim Merkezinin Adalet Bakanlığına müracaat etmesi, sınava kabul hususunda yine Adalet Bakanlığına müracaat etmesi ve bitahare Adalet Bakanlığı personeli olan kişilerce mülakat yapılmasının, hâkim adayları üzerinde girmek üzere oldukları mesleğin içinden çıkılmaz bir şekilde Adalet Bakanlığına bağlı olduğu izlenimini verecek bir potansiyel oluşturduğudur.

Bize göre, halihazırda Türkiye'de yürürlükte bulunan yargı mesleği ile ilgili sistem temel prensiplere uygun değildir. Bu sistem, kimin hâkim adayı olacağı, kimin olamayacağı hususunda verilecek karar üzerinde, siyasal bir birim olan Adalet Bakanlığına önemli de-

recede etkin olma imkanı sağlamaktadır."⁽³⁷⁾

Sorun bununla bitmemektedir: Adaylık sürecindeki eğitim ve yönlendirmenin sıradanlaştığı ve ham bilginin tekrarını aşmadığı, eğitim ve öğrenime dönüşmediği, meslek içi eğitimin yargıç için mesleğine bir katkısı olmamaktadır. Yol yordam öğrenmeyi geçmeyen adaylık süreci, yargıç adayına varlığının gerçek anlam bütünlüğünü tam olarak öğretmediği ve yaşatmadığı gibi hissettirmemektedir de. Burada adaylık süreci hakkında şu soruların sorulması gerekir:

a) Yargıç adayları hangi yollarla ve hangi kriterlere göre mesleğe alınmaktadır; mesleğe alınmada kayırma, iltimas, yöresel, siyasal, etnik, dinsel dayanışmanın etkisi var mıdır?⁽³⁸⁾

b) Yargıç adaylığı süreci bildik yargı düzeninin bir anlamda kanıksanmasına yol açmakta mıdır? Yoksa yargıç adayına olumlu yeni ufuklar göstermekte midir?

c) Yargıç adaylığı, adayın içindeki adalet ve hak ülküsünün yok olmasını desteklemekte midir? Yoksa bu ülküyü güncelleştirip yüceltmekte midir?

d) Yargıç adayı adaylık sürecinde yargıçlık ve adalet bilincini yeteri kadar öğrenmekte midir?

e) Adaylık süreci yargıç adayına doğru, adil ve onurlu olma üzerine etik değer duygusu, sorumluluğu ve kimliği kazandırmakta mıdır?

f) Adaylık süreci yargıç adayına mesleğinin kamu görevi bilincini, ödevini ve bunun felsefesini öğretmekte midir?

g) Adaylık sürecinde yargıcın eğitim ve öğretiminde bir amaçsallık var mıdır? Varsa bu amaçların kriterleri ve kapsamı nelerdir?

Bu sorulara vereceğimiz yanıtlar, bize yargıcın yaşadığı süreçleri ve sonuçta nasıl bir içsellikle gelişim gösterdiğini söyleyebilir.⁽³⁹⁾ Türkiye özelinde, yukarıdaki soruların olumsuz çağrışımlara ve kısır döngüye yol açtığı olanca açıklığı ile bilinmektedir. Yargıç adayı olmak için, saygın, doğru referanslar ve hukuksal yeterlilik yerine, her türlü içeriğe sahip olabilen ve kısa adıyla torpil ilişkisine giren ve bu ilişkinin sonucunda mesleğe kabul edilen bir kişinin yargıçlığı daha baştan tartışılmalı hale gelmektedir. Yargıç adayı olmak, öncelikle ahlak, hukuk ve adalet değerlerinin oluşturduğu sağlam ve iyi kişilik özellikleri istemektedir. Öğrenciliği sırasında yaşadığı evin elektriğini çeşitli sayaç dalavereleriyle etkisiz hale getirip, öğrenciliği boyunca, kaçak elektrik kullanan hukuk fakültesi mezununun yargıç

(37) Bjornberg, Richmond, s.42-43.

(38) "Yargı bağımsızlığından söz edilmek isteniyorsa, hangi seçim yöntemi uygulanırsa uygulansın, sözü edilen fakülte mezunlarının seçilmeleri hususunda, uygun olmayan saiklerle (örneğin siyasi eğilimleri dikkate alınarak) seçilmeye karşı tedbirler alınmalıdır.", Bjornberg, Richmond, s.41; "...Söz konusu haberde, siyasilerin, hakim ve savcı atamaları ile ilgili not vermeleri konusunda yaptığım, "Türkiye'nin bir gerçeği" şeklindeki değerlendirmem, haberin başlığını destekler bir biçimde kullanılmıştır. Oysa taraftan ifade edilen, sadece zaman zaman atamalarla ilgili olarak siyasilerden talep gelmesinin Türkiye'nin bir gerçeği olduğu hususu olup, bu durum kesinlikle atamaların taleplere göre şekillendirildiği anlamına gelmemektedir.", H. Nesrin Yılmazcan (Adalet Bakanlığı, Personel Genel Müdürü Vekili), Tekzip, Cumhuriyet, 07.06.2003, s.1-4.

(39) Karşılaştırınız, "Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri; madde:10-Hakimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir. Seçim yönteminde, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Hakimlerin seçiminde, bir kişiye karşı, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, milli veya sosyal menşee ve malvarlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacaktır; Ancak, hakim adayının ülke vatandaş olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecektir.", Şeref Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Tercihleri, TBMM Yayınları, Ankara 1994, s.145.

(35) Sezen Aksu, Alim ile Zalim Karışmamalı, Radikal, 21.08.2004, s.11.

(36) Hubert Rottlenthner, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti, HFSA, Alkım, 3. Kitap, Haz. H. Ökçesiz, İstanbul, Mayıs 1996, s.50 vd..

olmanın yakınından bile geçmemesi gerekmektedir. Adaylık Merkezinde günlük imza tutanaklarının, çarpık bir dayanışma bilinci ile o gün gelmeyen başkaları adına imza atılarak doldurulmasının açıkça suç olmasına karşın, adaylıkta hiçbir etik ya da hukuksal değeri yoktur; böylesi bir eylem daha baştan yargıç olmanın ahlaki ve hukuksal engelini oluşturmaktadır. Burada bir zorlamadan ve yönlendirmeden çok kendiliğinden gelen ve yargıç adayının içinde yerleşmiş bulunan hukuk bilincinin, kişisel ahlak ve meslek etiğinin, doğruluğun ve dürüstlüğün geliştirilmesi gerekmektedir; yargıç olması gereken adam böyle birisidir. Adaylık sürecinin temel amacı bu olguları görme, oluşturma, pekiştirme ve ayıklama üzerine olmalıdır. Yargı sisteminin yargıç adayına şaşmaz bir tavırla yargı işleyişinin ve sisteminin doğruluk, dürüstlük, insan onuru, hukuk devleti, demokrasi ve adalet biçimlerine uygun gerçekleştiğini daha baştan göstermesi ve kanıtlaması gerekmektedir. Meslek disiplini ancak bu amaçlara hizmet ettiğinde meşru ve gerekli görülebilir.

Hukuk fakültesini bitirmek genel olarak yargıçlık hakkında kuru ve oldukça sınırlı bilgiden fazlasını vermemektedir.⁽⁴⁰⁾ Yargıç adayı için yargı etiği, hiç öğretilmeyen, ancak meslek hayatı sırasında yaşanarak öğrenilen, bu öğrenimin deneyim ve hata algılamasına dayandığı ve rastlantısallıkla belirlendiği, her meslektaş tarafından birbirine anlatılarak ve aktararak yaşanan somut gerçekliktir. Bu durumun yargıç için etik değerlerin içselleştirilmesini engellediği gibi, yargı etiğine aykırı bir davranışın çoğunca mesleki kariyer olarak ağır bir tükeneşiye götürdüğü göz-

rülmektedir. Demokratik sosyal hukuk devletinde yargıçlık görevinin belirli bir anlam ve anlayış ile hukuksal etik doğruluk ve meşruluk içinde yapılması gerekmektedir. Kamu düzeninin de bu anlayış ve anlam bütünlüğünü doğasında yaşatması ve bu şekilde biçimlenmesi zorunlu görünmektedir. Bu nedenle hukuk düzeninde eksiklik ve zayıflık olarak gerçeklik kazanan görüntü ve edilgenliklerin tümü kamu düzeninin doğasında kamusal boşluklara yol açmaktadır. Yozlaşma ve yolsuzluk olguları bu tür kamusal boşluklardan hareketle oluşmaktadır.

Türkiye özelinde Adalet Bakanlığı örgütlenmesi, yargının siyasallaşması ve konformitesinin en önemli gerekçesini oluşturmaktadır. Bu örgütlenme tipolojisinde siyasal mekanizma doğrudan adalet bakanından ve onun siyasal aidiyetinden kaynaklanmaktadır. Bakanlık örgütünün işlevselliği ve eylemleri, büyük ölçüde bakanlık birimlerinin başında bulunan yargıçlar tarafından sağlanmaktadır. Daha çok bakanın saptadığı yargı yüksek bürokratları belirli liyakat usulleriyle yargıçlar arasından seçerler ve atanmaları liyakat şartlarına bağlı olarak gerçekleştirilir. Bakanlık doğrudan bağlı olan Teftiş Kurulu da bu biçimde oluşturulmaktadır. Adalet bakanının örgütün başında bulunması bir örgütü tümüyle siyasal kılma gücünden yoksundur. Bu konuda bakanla çeşitli biçimlerde işbirliği yapacak yargıçların varlığıyla bu işlev tam anlamıyla yerine getirilebilir. Bakanlık mekanizmasının tüm adalet örgütünü siyasallaştıracağı inancının arka planında yargıçlara duyulan güvensizliğin izleri bulunmaktadır. Bu güvensizliğin haklı nedenleri, yaşanan yargı tarihi ve uygu-

lamalarıyla yargıç ve savcılarının benliklerine abartılı bir şekilde adeta işlenmiştir. Yargıçların bilinç, duygu, tavır, birey ve kamu görevlisi olarak edilgen kalmaları ile bireysel ve kurumsal konformiteleri normal ölçülerinden çıkarak bakan ile yüksek bürokrat yargıçlar arasında bir güdüm ilişkisine yol açmaktadır. Bakanlık bürokrasisi ve Teftiş Kurulunun bakanın elinde olmasının sakıncaları gerçek anlamda yargıç üzerinde siyasallaştırma potansiyeli taşısa da asıl tehlike bu olgu ile uyumlu yargıç, savcı ve müfettişlerin varlığında odaklanmaktadır. Yargının siyasallaşması konusunda yargıcın büyük problemi budur.⁽⁴¹⁾ Bu uyum aşında derin bir uyumsuzluğun işareti olmaktadır. Demokratik sosyal hukuk devletinde adalet bakanı ile yargıç arasındaki ilişki ve işbirliğinde bir amaçsallık vardır: Hukuk düzeninin rasyonelliği ve etkililiğini sağlamak, hukuk düzeni aracılığıyla adaleti yaşamsallaştırmak ve sosyal barışın devamlılığını gözetmek. Bu kapsamdaki bir ilişki, adalet bakanı ile yargıç arasında meşruluğunu koruyabilir. Ancak hepimizin olanca açıklığıyla bilindiği gibi siyasal alan, bütün kamusal alana egemen olmaya çalışmaktadır. Siyasal sınıfın amacı da bir şekilde egemen gücü ele geçirmektir. Adalet Bakanlığının ve bakanın yargıç ve savcılarla ilgili her türlü örgütsel işlem ve eylemde varlığı ve onay mercii olması ancak bu nedene dayanabilir. Bu yüzden "Türk yargısının kabul edilemeyecek oranda Adalet Bakanlığının siyasal iradesinin potansiyel etkisine maruz

kalmaya devam ettiği"⁽⁴²⁾ bilinen ve sürekli tekrarlanan bir olgudur.

Adalet Bakanlığı kurumlaşması, Adalet Bakanı başkanlığında (bürokratların neredeyse tamamı yargıçlardan oluşsa da) bakanlık bürokrasisi ile yürütmeye bağlı bir yapılanmaya yol açmaktadır. Ayrıca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun örgütsel yapısında bakanın ve müsteşarının belirgin etkisi bulunmaktadır.⁽⁴³⁾ Siyasal parti yapılanmasıyla yasanın oluşumunu parlamentodaki çoğunluğu nedeniyle elinde bulunduran yürütme iktidarı, kamu kaynaklarının dağıtımını, devlet örgütünün organizasyonu ve örgütler arası ilişkilerde birinci derecede belirleyici olmaktadır. Kaynakların, imkanların ve araçların dağıtımını ile bu konularda düzenleme yapma yetkisi fiilen yürütmenin elindedir. Bu durum yürütmeyi doğrudan devlet iktidarının en önemli kullanıcısı haline getirmektedir; yasa-ama organı çoğu örnekte yürütmenin onay mercii haline gelmiş durumdadır.⁽⁴⁴⁾ Demokratik sosyal hukuk devletlerinde bu şekilde meydana gelen iktidarlar arasındaki erk dengesizliği ve yoğunlaşması, yargı iktidarının işlevselliğiyle dengelenmektedir. Ancak çoğu örnekte yargı iktidarı, yürütmenin güdümünde kalarak içerik sorunu yaşamaktadır. Adalet Bakanlığının yol açtığı bürokratik hiyerarşi ve uygulamaları ile yargı bürokrasisi, zamanla tüm yargı elemanlarını sararak etkisi altına almaktadır.⁽⁴⁵⁾ Böylece yargıcın durduğu yasal-hukuksal meşruluk zemininin sadece buradan kaynaklandığı izlenimi ve inancı ile yürüten mental algılamaların

(40) "Hâkim ve savcı adaylarının meslek öncesi eğitimi kalite ve içerikten yoksun olması ve modası geçmiş eğitim metotlarına dayanması dolayısıyla eleştirilmiştir.", Bjornberg, Richmond, s.108.

(41) Ahmet M. Kılıçoğlu, Yargının Sorunları Bağımsızlığı Aştı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:52, Mayıs-Haziran 2004, s.98-99.
(42) Bjornberg, Richmond, s.40.
(43) Bu etkinin yönlemleri konusunda bakınız, Kılıçoğlu, s.97 vd.
(44) İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Yargısı, İmge, Ankara 1994, s.138.
(45) Kılıçoğlu, s.97 vd.

eşlik ettiği normleştirmeyle zorunlu olarak içine girilen tahakküm biçimleri ile yargının bürokratik bir yapı haline gelmesine yol açılmaktadır.⁽⁴⁶⁾ Bu işlevsellüğün her ne kadar meslek disiplini ve keyfiliğin önüne geçmek için düzenlendiği ilk akla gelen unsur olsa da, bu işlevin çoğunca göz ardı edildiği ve oldukça sınırlı olarak uygulandığı, bu unsurlardan çok yargıçlarda konformist eğilimleri harekete geçirdiği gözlenmektedir,⁽⁴⁷⁾ çoğunca bu ilişkiler yargıcı güdüm altına sokmaktadır. Bu yolla bürokratik hale gelen yargı iktidarı hukuk ve adalet üretmekten uzaklaşarak, yargıcın hakka ve adalete ulaşma çabası ile hukukun ilkelerini belirleyerek uygulama özgürlüğünün elinden alınmasına varan sonuçlar doğurmaktadır.⁽⁴⁸⁾ Hiye-rarşik güdüm yargıcın hukuk yaratmak-taki özgürlüğünü elinden alarak onu uy-macılığın rahatlığına itmektedir. Böyle-ce yargıç, yargı uygulamasında adalet-in, hukukun temel değer ve ilkeleri ile insan hak ve özgürlüklerinin evrensel değerlerinden çok, yerel gelenekleri ve töresel, dinsel anlayışları, geleneksel tutumları adalet ya da hukuk sandığı men-tal bir algılama ve içeriklendirmeye zorlanmaktadır.⁽⁴⁹⁾ Burada yargıcın kendi yerel koşullarını ve yerel mantaliteyi aşamamasının da izleri görülmektedir. Bu nedenle yargıç, yargı iktidarını kul-lanırken, hukuk yaratırken etkin ko-numda olmamaktadır; daha çok edilgen

konumuyla araçlaşmaktadır. Bu araç-laşma yargıca çeşitli biçimlerde dayatı-lan, bilgi ve becerisini donduran ve ye-tersizliğinden şüphe etmediği ulusal hu-kuk algılamasını aşamayan yerele ve açıkça töreye, dine, bazen de hamasete hizmet eder hale getirmektedir. Yasallık ilkesinin içerik kaygısı duymaksızın, zamansallık ve değişim zorunluluğu at-lanarak, katı uygulanması ile yaşayan hukuk algılamasının Türkiye yargıçla-rında yer etmemesinin asıl nedenini bu-rada aramak gerekmektedir.⁽⁵⁰⁾ Böylece yargıç katı bir statükonun etkisinde sü-rekli denetlendiği hissi ile sistemin iç-inde memurlaşmakta ve hak argümanı ol-maktan hızla uzaklaşmaktadır.

Bu durumun dramatik örneği kadın erkek eşitsizliği üzerine kurulan ve açık-ça başka bir cinsin bedeni ve kişiliğinin alçaltılması üzerinde biçimlenen, insan bedeni ve yaşama hakkını ortadan kaldı-ran töre-namus cinayetlerinde görülmektedir. Yargıç uygulamasında töre-namus cinayetlerine hukuksal hafifletici neden olarak gösterilen hukuksal hoşgö-rü, hukukdışılığın somut kanıtını oluş-turmaktadır. Burada, yargıcın toplumsal konformitesi ile kurumsal konformitesi birleşmiş durumdadır; daha vahimi çarpık feodal ilişkilerin hukuksal bir refe-rans olarak normatif alanı doldurması söz konusudur. Bu noktada kadınların toplumda ve yüksek mahkemelerde da-ha az temsil edilmelerinin hukukun geli-

şiminde ve yöneliminde izlediği yolun erkek egemen bir anlayışa yol açıp aç-madığı üzerinde durmak gerekmektedir. Töre-namus cinayetleri göz önünde bu-lundurulur her namus cinayetinde ka-dınların insan hakları yok edilmektedir. Kadın farklılığının bu derece sosyal edilgenliğinin, onun geleneğe ve tabusal dogmatik toplumsal tavra karşı -sosyal olarak zayıflığının, hukukça ve hukuk-çularca benimsendiği anlamına gelmek-tedir.⁽⁵¹⁾ Bu uyumun altında sosyal ve si-yasal olarak erkek egemen bir bakışın yargıç üzerinde, kurumsal içtihatın, ye-rel uygulamaya yönelen etkisi bulun-maktadır; Burada uymacılığın yargıç için boyutları kendi ile büyük bir çelişki-nin içine düşmesine yol açmaktadır.⁽⁵²⁾ Oysa, büyük olasılıkla, yargıçların bütün mahkemelerde cinsel farklılığa göre eşit dağılımı ve temsili halinde töre-namus cinayetlerine gösterilen hoşgörünün hu-kuksal içtihadı dönüşmesi doğası gereği olanaksız olurdu. Bu örnekler çoğaltıla-bilir niteliktedir. Yargıçların mesleğe alınmaları sırasında kadınlar için uygu-lanan açık ve kapalı oransal sınırlamala-rın erkek egemen bakışın izlerinde ger-çekleştirildiği açıkça bilinmektedir. Ba-sit ve toptancı çıkarımlarla kadınlar yar-gı düzeninde karar ve sav mercilerinden

uzak tutulmaktadırlar. Böylece kadınlar toplumun yarısını oluşturmalarına rağ-men, hukukun yaratılmasında devre dışı bırakılmaktadırlar. Bu olgunun varlığı erkek egemen hukuk anlayışının geçerli-liğine yol açarak kadınların hukuk gü-venliği yok edilmektedir. Kadın ya da erkek yargıçların bu durumla uyum iç-inde olmaları hak algılamasının ve demok-ratik geleneğin yargıç dünyasındaki za-yıflığını ortaya koymaktadır.⁽⁵³⁾

Yargıçların kamu görevleri ve devle-te işveren olarak bağlılıkları ile siyasal mekanizmanın yargıçlık kurumu üze-rindeki denetim ve gözetim yetkisi di-ğer yoksunluklarla birleşerek yargıcın kurumsal algılamasını düzeysizleştir-miştir.⁽⁵⁴⁾ Yargıçların memurlaşmaları olgusu yaşanan ve değersizleşen mes-lek yaşamı ile perçinlenmektedir. Tür-kiye'de yargının tüm güçlerin gerisine itildiği ve yıllara yayılan ihmal edilmiş-liği, toplumsal olarak adalete ve huku-ka verilen değer in ikiyüzlülüğünü gös-termektedir.⁽⁵⁵⁾ Adalet devletin temeli-dir sözünün ya da hukukun, hukuk dev-letinin, insan haklarının önemine vurgu yapmanın sadece sözel anlatımdan ileri gitmediği durumlar yaratılmıştır. Sorun bununla bitmemiştir: Hukuk ve adaletin imdat haykırıları⁽⁵⁶⁾ duymazdan gelin-

(46) "Anayasalar ve yasal korumalar önemli olmakla birlikte, bunlar yargı bağımsızlığının sadece bir unsurunu oluştururlar. Her hangi bir yargı sisteminin gerçek anlamda bağımsızlığından söz edebilmek için, bu yargı-nın hem kurumsal hem de işlevsel açıdan bağımsız olması gerekliliği de eşit derecede önemlidir. Bu an-lamda, bir takım kurum ve yapılar öyle bir konumda olmalıdır ki, yargıçların yargısal işlerinin yapıp yap-madıklarını kontrol yetkisi yine bizzat yargıçlara tahsis edilmiş olmalıdır. Daha sade bir ifadeyle, yargı ta-rafından bağımsız bir yargı idaresi oluşturulmalıdır.", Bjornberg, Richmond, s.40.

(47) Aşçıoğlu, (2002), s.118 vd..

(48) "...bir yargı üyesine karşı yapılan şikayeti soruşturmakla görevli makâmın hükümet ve idareden bağımsız olmadığı Türkiye gibi yerlerde uygun veya adil bir prosedürün varlığından söz edilemez." Bjornberg, Rich-mond, s.52.

(49) Değişik örnekler için bakınız, Sami Selçuk, Adalet Reformundan Önce Uygulama İyileştirilmelidir, Yargı-tay Dergisi, Cilt:28, Ocak-Nisan 2002, Sayı:1-2, s.22.

(50) Demirbaş, http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/timur_demirbas.htm

(51) "Evrenselliği tartışılmaz da olsa, insanlığı yasa değil, yasayı insanlar yaratır. Bu insanların bir kesimi de, temsilcileri oldukları kurullar sayesinde, diğerleri karşısında belirleyici konuma geçer. Belirleyiciler, dö-nemlere göre değişik adlar alabilir, ama sonuçta hepsinin her dönemde ortak bir adı vardır:Erkekler...", Ce-mal Bâli Akal, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, İmge, Ankara 1994, s.159; Leyla Pervizat, Devlet, Feodal ve Erkek mi?, Radikal, 10.08.2004, s.9.

(52) "Eskinin kutsallaştırılarak; uygulamada ona bağlılık, mevcut sosyal koşullarla mahkemelerde uygulanan il-keler arasındaki boşluğu genişletmektedir. Sonuçta huzursuzluk ve hukuka saygısızlık yeşermekte; bir ba-kıma, hukuk kurallarının vaz edildiği zamanın koşullarına uyarlı menfaatlerle adliyenin birlikteliği söz ko-nusu olmaktadır.", Yücel, s.27

(53) "Genel bir erkek hakimiyeti, hiçbir toplumun gerçek anlamda demokratik sayılamayacağını düşündürtecek biçimde, bir ilk baskıyla ortaya çıkmış ve sürmüşse, dünyayı ve siyasi iktidarı kavramanın yolu, erkeklerin kadınlar karşısındaki keyfi-siyasi üstünlüğünü sorgulamaktan geçer.", Akal, s.160.

(54) Mithat Sancar, "Devlet Akli" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim, İstanbul 2000, s.181 vd..

(55) Hasan Yazıcı, Hangi Hakla İnsan Hakları?, İnsan Haklarının Gelişimi, TÜBA yayınları, Ankara 2001, s.4.

(56) Ülkemizde hukuk erozyonuna dur demeliyiz! Bir Cassandra Çağırısı, Hayrettin Ökçesiz, Hukuk ve Adaletten İmdat Haykırısı, Cumhuriyet Bilim Teknik, Sayı:705, 23.09.2000, s.12 vd.; bu haykırışların Yargıtay Başkanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı'ndan gelmesi daha ilginç sonuçlar doğurmaktadır, bakınız, Hayrettin Ökçesiz, Yar-gıya Güven Gereksiniminin Karşılanması Zorunluluğu, Yargıda Yazlaşma Göstergeleri ve Yargıda Reform İçin Öneriler, HFA, İstanbul Barosu, Haz. H. Ökçesiz, 5. Kitap, İstanbul, Haziran 2002, s.126-127.

miştir. Burada, somut bir kötüye gidişin, içeriksizleşmenin, yozlaşmanın ve değersizleşmenin bozucu etkisinin belirginleştiği ve tedbir alınması gerektiği önemle vurgulanmasına karşın, yetkili yargı makamları tarafından gerekli hiçbir adımın atılmadığı görülmüştür. Daha onur kırıcı durum ise, Avrupa Birliği sürecinin zorlaması ile bu konuda geliştirici ve çözümleyici işlemlere başlanması ve olumlu sonuçların kısa sürede alınmış olmasıdır. Bu olgular yargının içinde bulunduğu kurumsal konformizmin dramatik sonuçlarını oluşturmaktadır. Avrupa Birliğinin istediği temel yargı düzeni koşullarının, yıllardır Türkiye bilim çevrelerinde ve uygulamasında ifade ediliyor olmasına rağmen, yargı ileri gelenlerinin vicdanlarında herhangi bir tepkiye yol açmaması konformist eğilimlerin düzeyini göstermesi bakımından ilginçtir. Yargı düzeninin kendi sorunlarına sahip çıkamaması, dolayısıyla ülkenin hukuksal sorunlarını çözmemesi ve bu sorunları tutarlı, meşru yapılar ve çalışmalarla kendi başına giderememesi kurumsal bağımlılığının en önemli işareti olmaktadır. Burada dile getirilen sorunlar yargı bağımsızlığından daha önemli görünmektedir; anayasal olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin içi boşaltılarak, yargı, yürütme yararına kısırlaştırılmıştır. Devlet erkleri arasındaki bu değişme, yargının iktidar alanını yok ederek, yargı düzenine yürütmenin ve idari prosedürün egemen olduğu süreçleri beraberinde getirmiştir. Böylece siyasal alan, hukuk düzenini zapt ederek yargıcı ve savcıcıyı hatta avukatı etkisiz kılmıştır. Her yönden cılızlaştırılmış yargı düzeni ile ülkenin soyulmasının ya da çeteleşmenin önünü almak doğası gereği mümkün görünmemektedir. Yargıcın

bu denli uymacılığı, sonunda, yurttaşı ve bizatihi kendisini savunmasız bırakarak, hukuk güvenliğini siyasalın keyfine bağlı kılmıştır. Demokratik sosyal hukuk devletinde yargı düzeninin dolaylı olarak kamu düzenin bu şekilde oluşumu ile yargıç gerçekliğine ve varlığına ihanet etmiş olmaktadır.

Yargıcın kurumsal konformitesi "Adalet devletin temelidir" sözünün ve ilkesinin gerçekliğini tartışmalı kılmaktadır. Bu ilkeye "Hukuk, adaleti istemektir" sözünü de eklemeliğimizde, demokratik bir cumhuriyette devletin ürettiği her şeyin hukuk olması gerektiği sonucuna varabiliriz. Burada söz konusu olan hukuk, eşitler arasında üretilen kurallar bütünüdür ifade etmektedir. Yurttaşların eşitliğinin kamusal anlamı, devlet aygıtını kullanan yetkili ve görevlilerin kamu yararının dışına çıkmayacakları üzerinde biçimlenmektedir. Eşitimize ancak hukukla egemen olabiliriz, bu egemenliğin biricik amacı da adaletin gerçekleştirilmesidir. Bu durum sarmal bir ilişkiye yol açarak kamu yararının adaletle uygun bir sosyal düzen yaratmasında düğümlenmektedir. Kamu gücünün meşruluğunun kısa anlamı budur. Eşitler ancak adaletin hükmüne boyun eğmek isterler ve bunun dışındaki her buyruk hukuk dışıdır. Ancak adaletin kalitesi, yönelimi çeşitli egemen konumlar ve yerleşmiş durumlarda değişebilir, bunun bir diğer anlamı adaletsizlik öğelerinin kamu düzenini dönüşüme uğratmasıdır. Demokratik hukuk devleti düzeninde kamu yararının belirlenmesinde, asgari güvenlik ve özgürlüğün korunması ile hakların özüne dokunma yasağı bulunmaktadır. Hiçbir devlet eylemi temel hakları veya insan haklarını ortadan kaldıracak biçimde kullanılamaz. Bu irade anaya-

salarda anlamını ve gerçekliğini bularak kamu düzenini biçimlendirmektedir. Ancak bu anayasal değerler ve kurallar korunması gereken içeriktedirler. Hayatın çoğul halinin yarattığı sonsuz sayıda ilişki ve çatışma doğal olarak anlaşmazlıklara ve çekişmelere yol açmaktadır. Devlet mekanizması amaçsallığını korumakta güçsüzlük gösterebilir ve daha da önemlisi devletin, her türlü zorbalığın ve çıkarın aracı olarak kullanılması pekala mümkündür.⁽⁵⁷⁾ Tarihte ve günümüzde yaşanan birçok siyasal ve sosyal gelişme bunu açıkça doğrulamaktadır. Dünyanın her yerinde siyasal iktidarlar yozlaşma belirtileri göstermektedirler.⁽⁵⁸⁾ Kamu düzeni ise, meşru bir temele oturması gereken niteliğiyle toplumsal yaşamın esenliğini sağlamak zorundadır. Devletin saflığı ya da hukuksallığı, her zaman gerçek anlam ifade etmemektedir. Devlet, başlı başına sınırlanması ve sıkı bir amaçsallık içinde hareket etmesi gereken bir örgüt olmaktadır. Bu nedenlerle çoğu durumda devlet ile adaletin başka yerlerde durdukları, devletin olduğu yerde adaletin egemenliğini kuracağına inananın gerçekçi ve inanılır olmadığı ileri sürülebilir.⁽⁵⁹⁾ Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi bu gerçeklik üzerine inşa edilmektedir ve devletten bir tür kopuşu da ifade etmektedir. Bu kopuş devletin soyut varlığından ayrılığı değil, bir konum almayı dile getirmektedir. Zira devlete ya da kamu düzenine

çeşitli biçimlerde egemen olan güçlerin neyi nasıl yapacaklarını tam olarak kestirmek mümkün değildir. Bu durumda özgür ve eşit yurttaşların hakları, saldırıya açık hale gelerek, yoğun bir tehlike altında kalmaktadır. Demokratik sosyal hukuk devleti böylesi bir gerçeklikten hareketle tasarlanarak oluşturulmuştur ve her türlü haksızlığa ve hukuk dışılığa karşı seyirci kalmak yerine yargı iktidarını oluşturarak sağlam ve sağlıklı yapılar öngörmüştür.

"Bu yeni işlevleri bağlamında çağdaş toplumlarda Adalet, "demokrasinin yeni sahnesi" (nouvelle scène de la démocratie) olarak ortaya çıkıyor. Bu da, gerçekte her yurttaşa yönetenleri sorgulama olanağı sağlayabilecek "nötr bir kamusal mekân"ın oluşumuna ivme kazandırabilir. Şu halde Adalet, siyasal iktidarın, demokrasi ilkelerine uygunluğunu denetleme görevine sahip bir erk haline gelmiş bulunuyor. Böylece "hukuki" hale gelmiş bulunan demokrasi, haklara dayalı bir "özel demokrasi" (démocratie de substance) ve kamu otoritelerinin belli kurallara saygısını gerekli kılan bir "usuli demokrasi" (démocratie de procédure) yönünde bir evrim sürecini izliyor."⁽⁶⁰⁾

Bu alıntı, adalet mekanizmasının izlediği yönelim açısından oldukça önemli gelişmeleri dile getirmektedir. Sosyal olarak gelişmiş ülkelerde devletin ve siyasal olanın hukuka dönüşümü yaşanmaktadır. Gelişmişliğin yeni pa-

(57) Oruka, s.137 vd.; Perinçek, s.45 vd..

(58) Yolsuzluğa Bulaşmamış Bir Yönetim Aranıyor, The Wall Street Journal, 04.11.1996, s.7; Dönemin Başbakanının TBMM Yolsuzlukları Araştırma Komisyonu'ndaki açıklamaları için bakınız, "Emniyet ve MİT'in çetelerle mücadele edemeyeceğini ileri süren Mesut Yılmaz, 'Çeteler bu iki kurumun içine sızmış, ne olsa haberdarlar' dedi.", 'Çeteler Her Yerde', Radikal, 15.06.2003, s.7; çok geçmeden bu olay doğrulanmıştır, bakınız, MİT'in Yargıtay'daki Kulisi Çakıcı'yı Kurtarmak İçinmiş, Radikal, 14.08.2004, s.1; Fikret Bila, Sorular, Milliyet, 15.08.2004, s.6.

(59) "Devletin olduğu yerde adaletin esamisinin okunmayacağına dair inancım", Yıldırım Türker, Hayatın Adaleti, Radikal İki, 13.10.2002, s.3.

(60) İbrahim Özden Kaboğlu, Yargıç, Demokrasi ve Egemenlik, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, Ankara, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/sempozyum.htm>

rametresi hukukun gücüne ve üstünlüğüne bağlanmış durumdadır. Bu bir yandan toplumsal diyaloga açık çok merkezli bir paylaşımı ve bu paylaşımın yol açtığı hukuk politikalarını gündeme getirmektedir. Artık siyasal alan, hukuksal alanla birleşmektedir, daha doğrusu hukuksal alanın belirleyiciliği öncüllüğünü kurmaktadır. Her türlü haksızlığın, baskının, insanlık dışı uygulamaların ve kamusal zorbalığın hukuk sorunundan, hukuksuzluktan kaynaklandığı açıklanmaktadır. Yargıç için bu olguları görmek yaşamsal önemde uyarılar içermektedir. Her durumda yargı bağımsızlığına sahip çıkmak, yargıçlar için hayatta kalma sorunu olmaktadır. Yargı veya mahkemelerin bağımsızlığının, hukukun üstünlüğü ve hukuk devletinin yapısal güvencesi olduğu hakkında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bu yapısal güvence, yurttaşların hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi ile siyasal iktidarın yozlaşmasının önlenmesine hizmet etmektedir. Böylece hukuk devleti sadece devletin değil, herkesin hukuka bağlı olduğu yapıyı beraberinde getirerek, yurttaşların hukuk güvenliği altında olmasını sağlamaktadır. Hukuk güvenliğini sağlamak görevi ve sorumluluğu devlet organları arasında büyük ölçüde yargının üzerindedir, bir bakıma tekelindedir. Çünkü hukuku söyleme yetkisi sadece yargıca aittir.⁽⁶¹⁾ Yargıç, demokratik sosyal hukuk devletinde yurttaş için her türlü haksızlığa karşı direnme odağı olmaktadır, hakkın geçerliliği, sürekliliği ve yenilenmesinin meşru aracısı konu-

mundadır. Yargıcın kurumsal varlığı, gücü ve meşruluğu buradan kaynaklanmaktadır. Yargıç, adaletin yaşamsallaşması için yozlaştırıcı her türlü dış etki- den uzak durmak ve bu etkilere karşı yalıtılmış olmak zorundadır; bir "tabula rasa" halinin güvencesi olarak yargıç tarafsızlık, bağımsızlık ve özlük hakla- rıyla özel bir kamu görevlisine dönüş- müş durumdadır. Bu yalıtım yargı dü- zeninin saflığının ve iyi niyetinin ölçü- sü olmaktadır. Yargıç için vicdanının gerçekleştiği, kalbinin attığı, aklının er- diği yer burasıdır: Yurttaşın güven kay- nağı olarak kamu düzenini güven ekse- ninde oluşturmak. Çünkü "Yurttaşın somut varoluş şansı ve kalitesi "ada- let"in gücüne bağlıdır."⁽⁶²⁾ Yargıç bu gerçekliği ve buna bağlanan kendi ger- çekliğini asla unutmamalıdır. Eğer unutmussa, hukuku kamu düzeninde egemen kılmada edilgenleşmişse, tüm kamu güçlerinin gerisine düşmüş ya da itilmişse, kendini zayıf ve güçsüz görü- yorsa, buna yol açan tüm diğer yozlaş- tırıcı etkenlerden önce kendisini sorgu- laması gerekmektedir. Çünkü içinde bulunduğu durum sadece bir sonuçtur ve bu sonuca öncelikle kendisi yol aç- mıştır.⁽⁶³⁾ Bu sonucun, tarihsel arka pla- nı, yaşanmışlıklar üzerine oturan geli- şim çizgisi vardır. Her siyasal ve sosyal düzenin kendi yargıcını bulduğu, ayrık örneklerin temizlendiği, mutlak bir uyumun sabitleştiği, itaatin sağlandığı durumlarda artık tüm bağımsızlıklar ve güvenceler sona ermiştir. Artık yargı- cın, bu teminatlara gereksinimi de kal- mamıştır: Çünkü artık tipik tanımıyla

memurlaşmıştır. Bu gerçeği tüm yargıç ve savcılar olanca açıklığı ile bilmekte- dirler. Ancak bu olguları bilmek, yargı bağımsızlığını gerçek kılmamaktadır. Yargı bağımsızlığı, onu kullanan yar- gıçlar ve savcılarının algılamasına ve konforme olma biçimlerine göre değiş- me uğramaktadır. Sonuçta Türkiye'de yargının bağımsız olmamasının birincil faktörü, yargı düzeninin özellikle yar- gıç ve savcılarının konformitesi olmakta- dır.

Yargı düzeninin yaşanan gerçekliği, trajik biçimde, adliye hükümet ko- naklarının alt katlarına atmışsa, iş han- larının çarpık yapılarına sıkıştırmışsa, bir yargıcın yılda ortalama 2000 adet davaya bakmasına göz yummuş ve ye- terli yardımcı personel sağlamamışsa, kağıt gibi en temel gereksinimi kendi- sinden esirgemişse, özlük hakları ve gelirini düzensizleştirmişse, devlet büt- cesinden adalet hizmetlerine % 1'e ulaşmayan ödenek vermişse, yargıcı her şekliyle geri plana itmişse, onu sıra- danlaştırmışsa, adaletin yerine getirildi- ği koşullar tehlike çanlarının çalmasına yol açacak niteliktedir.⁽⁶⁴⁾ Bu durumda tüm hukukçular için artık meşru bir si- vil itaatsizlik uyarısının ve tavrının te- melleri atılmış demektir.⁽⁶⁵⁾ Devletin di- ğer organları, özellikle siyasal iktidarı kullanan iktidar sahipleri, yargının ba- ğımsız davranmasına engel olmaya ça- lışmaktadırlar. Dünyadaki tüm ülkeler- de Adalet Bakanlıklarının kuruluş ama- cı ve felsefesinin altında (yargının ge- nel irade ile uyum göstermesini sağla- mak değil) bu gerçek yatmaktadır. Yar- gının bu denli ihmali ve kamu güçleri

arasında geri plana itilmesi yargı ba- ğımsızlığına ve adaletin gücüne duyulan korku ve güvensizlikten kaynaklan- maktadır. Bu korku ve güvensizliğin te- melinde çeşitli çıkar güçlerinin etken olduğunu anlamak zor olmasa gerektir; siyasal iktidarlar ve çıkar grupları ada- letin önlerine çıkarak kendilerine engel olmasını istememektedir. İktidar sahipleri, iktidarlarının önündeki bütün en- gelleri kaldırmak çabası içindedirler. Adalet ile devlet karşıtlığı da buradan doğmaktadır.⁽⁶⁶⁾ Devlet, hukuk devleti amaçsalığı içinde anayasal olarak ta- nımlanmış soyut bir varlık olarak ilke- lerine bağlı yaşayamamaktadır. Devlete insanlar ve gruplar egemen olmaktadır, siyasal iktidar karşısında duyduğu bireysel ve toplumsal huzursuzluk ve güvensizlik de buradan kaynaklan- maktadır. Çünkü devlet artık sınırlan- ması gereken bir "Leviathan"dır. Oysa yargıç, demokratik sosyal hukuk devle- tinde devletin soyut varlığının takipçisi ve bekçisi olmaktadır. Bu bekçilik, sa- dece devletten gelecek tehlikelere karşı değil, her türlü haksızlığa karşı konum- lanmış durumdadır. Burada kamusal te- minat, yurttaş için bir hakka dönüşmek- tedir, yargıç ise bu hakkın tam da mer- kezinde yer alarak toplumu ve kamu düzenini barışlandırmaktadır. Bu ne- denle yargı bağımsızlığı ve güvencele- rinin, adaletin, hukukun ve hakkaniye- tin güvence altında olması için, yargı sürecinin kendi mantığından başka mantıklara boyun eğmemesi gerekme- ktedir.⁽⁶⁷⁾ Ancak, demokratik ülkelerde dahi yargıçlar güdüm altında tutulmak- tadırlar. Çoğu durumda yargının zayıf-

(61) Metin Kıratlı, Yargının Sorumluluğu, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBFY, Kasım 1995, Cilt:3, Sayı:2, s.2.

(62) Ökçesiz, (2001), s.18.

(63) "...Eğer siz vermediyseniz, sizi gözetlediği bu kadar gözü nereden buldu? Sizden almadıysa, nasıl oluyor da sizleri dövdüğü bu kadar çok eli olabiliyor? Kentlerinizi çiğnediği ayaklar sizinkiler değilse bunları ne- roden almıştır? Sizin tarafınızdan verilmiş olmasa üzerinizde nasıl iktidarı olabilir? Sizinle anlaşmadıysa si- zin üstünüze gitmeye nasıl cesaret edebilir?...". La Boétie, s.28.

(64) Ahmed Othmani, Hapishaneden Çıkış, Çev. I. Ergüden, Metis, İstanbul 2003, s.47.

(65) "Sakarya Adliyesinde görev yapan 53 savcı ve yargıç ile 163 personel 11.04.1993, Pazartesi günü adliye bina- sı önünde toplanarak bir protesto eylemi gerçekleştirmişlerdir.", Hayrettin Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, Ekoki- taplığı, 3. Baskı, İstanbul 2001, s.75; Cumhuriyet, 12.04.1993, s.17.

(66) Türker, s.3.

(67) Othmani, s.48.

latılması ile yargıç, güçlülerin ekonomik çıkarlarına asla dokunamaz hale getirilmektedir.⁽⁶⁹⁾ Çünkü bütün büyük kurumların içsel demokrasi ihtimalini ortadan kaldıracak bir bürokratik yapı geliştirme eğiliminde oldukları görülmektedir: buna kısaca "oligarşinin tunç yasası" adı verilmektedir.⁽⁷⁰⁾ Konformizmin yayılcı özelliği de bu yasadandır kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, siyasal ve kurumsal olarak emir altına alınan yargıçlar, dünyanın büyük bölümünde saygınlıklarını yitirmişlerdir. Parlamenter demokrasilerde ise, -yasama içindeki muhalefet dışında- kılıgı olarak, yürütmenin karşısında tek iktidar odağı bulunmaktadır; bu iktidar odağı yargıdır. Bu gerçek, yürütme iktidarı tarafından o kadar benimsenmiştir ki yürütmenin iktidar alanını genişletmek için yaptığı her girişim, yargının biraz daha hegemonya altına alınmasına yol açmaktadır. Böylece yargı alanı zaman içinde daraltılarak, yargıcın etkinliğini, tarafsızlığını ve saygınlığını kamu düzenine kabul ettirmesi zorlaşmaktadır. Bu nedenle ülkeleri birbirinden ayıran olgunun, iktidarların yargı üzerindeki hegemonya eğilimlerini somutlaştırmaları ile yargıyı sultanları altına alma biçimleri olmaktadır.⁽⁷¹⁾

Yargıç üzerinde etki kurma çabaları ve burada sözü edilen olgular yaşanan toplumsal sonuçları göstermektedir. Yargıçlar çağlar boyu, çıkar çevreleri, iktidar sahipleri ve odakları tarafından kullanılmışlardır. Hukuk tarihinin her döneminde yargıçlar, monarşinin, oligarşinin, engizisyonunun, diktatörlerin, kanlı yönetimlerin hizmetinde olmuşlardır. Bu yönetimlerde yargıçlar, çeşit-

li biçimlerde siyasal saldırganlığın aracı olarak kullanılmaktadırlar. Egemen iktidarlar, yargıcı, toplum üzerinde kurdukları otoritenin bekçiliğinde, muhalefetin sindirilmesinde, insan hak ve özgürlüklerinin yok edilmesinde kullanmışlardır, halen de bu kullanım çeşitli biçimlerde sürmektedir. Hukuk tarihi bu konuda oldukça zengin kanıtlar sunmaktadır;⁽⁷²⁾ bu durumda yargıç, egemen iktidarla yargıç arasında kullatıcı bir ilişki kurulmaktadır. Yargıcın hizmeti, ancak bir durumda mazur ve meşru görülebilir; o da doğruluğun, hukukun, adaletin, insan haklarının ve insan onurunun kamu düzeninde gerçekleştirilmesi ve yaşatılmasıdır. Demokratik sosyal hukuk devleti olarak cumhuriyetin varlığı ile yargıcın tarihsel kullanışına sona ermiştir. Hukuk devleti ilkesi ile yargıç artık toplumun barışlandırılmasında gerçek ve bağımsız kamu gücüne dönüşmüştür; bu barışı ancak kendi kararlığı ve istenci yaşatacaktır. Yargıç tüm yozlaştırıcı etkilere rağmen, bu gücü ve istenci benliğinde ve eyleminde bulmalıdır, bulmak zorundadır. Bunu hem kendisi, hem de eşiti yurttaşlar için istemek zorundadır. Çünkü varlığı ve kaderi bunu başarıp başaramamasına bağlıdır. Tüm Dünyada, kısmi bir başarıdan, insan hakları ve hukuk bilincinin gelişiminden söz edilebilirse de, büyük ölçüde, insan haklarının ve insan onurunun gerçekleştirilmesinde yargıcın -genel olarak- başarısız olduğu görülmektedir. İşte yargıcın kadersizliği ve yalnızlığı bu noktada başlamaktadır, bu kadersizliğe öncelikle yargıcın kendisi yol açmaktadır; yargıçlık kurumu, yargıçla-

rın basiretleri, cesaretleri ve savaşıklık-ları üzerine kurulsaydı eğer; Dünyada hiçbir şey şu anki gibi olmazdı. Yargıcın derin konformitesi bu kararlılığı ve savaşıclığı gösterememesidir.

III - Yargıç Konformitesinin Sonuçları

Yargıç ile konformizm arasındaki ilişki yol açtığı sonuçlar ile daha iyi anlaşılabilir. Yargıcın kişisel ve kurumsal konformitesi yayılcı ve bozucu etkiyle kamu yaşamında ve yaslandıkları değerlerde tahribata yol açmaktadır. Bu tahribat çok ağır bedellerin ödenmesine, toplumsal ve kişisel mutsuzluğa, daha önemlisi yoksulluğa ve yoksunluğa yol açmaktadır. Konformizm, toplumsal ve bireysel ilişkilerden hareket ederek yol almaktadır, konformizmin etkisi ile çeşitli biçimlerde gerçekleşen sömürü düzeni, oligarşik çıkar ağlarını örerek kamu düzenine egemen olmaktadır. Konformizmin etkisindeki insan için her yol mübah sayılmaktadır, çıkar tapınması, toplumu ve değerlerini yozlaştırarak, bireysel haklardan, ekonomik haklara kadar her olguyu çürütmektedir. Kamu düzeninin, kamu yararından uzaklaştığı bu durumlarda sosyal beklentiler daha da öne çıkmaktadır, adalet isteği, hukuk arayışı, insan hakları, refah ve dayanışma eksikliği fazla hissedilmektedir. Özellikle hak arayışı, suçla mücadele, yolsuzlukları önleme, devlete ve kamu düzenine çeki düzen verme isteği son derece hayati anlamlar ifade etmektedir. Yargıç konformitesinin sonuçları oldukça geniş yönelimler izlemektedir. Bu sonuçlar aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir:

I - Yargıcın Etkinlik Kaybı

Yargı düzeni, sonuç olarak yargıcın etkinliğinin uzantısı olan yargı kararı

veya hükmü ile varlık kazanmaktadır. Sav ya da dava, savunma ve karar evrelerinden oluşan yargılama süreci, yargıcın gerçekleşmesinin diyalektik düzeyini oluşturmaktadır. Maddi gerçek ile hukuksal gerçeğin belirlenmesinde yargılamanın tarafları ve katılanları arasında bilgi akışı, kanıtlama ve tartışma yaşanmaktadır; yargı bu eylemlerin ve süreçlerin izlerinde oluşarak yaptırıma dönüşmektedir. Bu yolla yargıcın ya da mahkemenin hükmü kristalize olmuş yaşanmış bir olaya, kısacası hayata bağlanmaktadır. Burada bir amaçsalılık hemen kendini göstermektedir; mahkeme kararının veya hükmünün, yaşananı dönüştürmesi belirli bir kalıba veya hakka sokması beklenmektedir. Bu beklenti zorlama gücüyle donatılmıştır ve yaptırımın niteliği, kamusal gücün, yeniden hakkı kurması, buna zorlaması ya da şiddet kullanarak yerine getirmesi üzerinde biçimlenmektedir. Yargıcın özgül iktidarının anlamı budur: Hakkın dayanağı olan yüksek ilkeye göre bireyleri ve toplumsal yaşamı korumak, düzenlemek veya yenilemek, kısacası toplumsal esenliği sürekli kılmaktır.

Burada dikkat çeken olgu, kamusal güvence olarak toplumsal arınma mekanizmasının yargı erki içinde konumlanmış olmasıdır. Hukukun üstün ilkelere, adalet değerlerinin yaşamsallaşması ve toplumsal geçerliliği için, hukukun üstünlüğünün ve hukuk devletinin belirlediği amaçsalılıktan ve haklar düzeninden uzaklaşmamak gerekmektedir. Bu beklenti, insan hakları ve adaletin kamusal gerçekliği için vazgeçilmez meşruluk argümanları sağlamaktadır. En çok da hizmet ettiği toplumsal barış eksenine yargı, hukuk devletinde yurttaş bireyinin her türlü haksızlığa karşı korunmasının biricik aracı olmak-

(69) Michels'den aktaran, N. P. Mouzelis, *Örgüt ve Bürokrasi*, Çev. H. B. Akın, Çizgi, Konya 2001, s.42.

(70) Othmani, s.49.

(71) Guy Testas, Jean Testas, *Engizisyon*, Çev. A. Erbaş, İnsan Yayınları, İstanbul 2003, s.42. vd.; Oruka, s.139; Othmani, s.48.

tadır. Burada kuru bir nesnellikten öte, somut hak algılama mekanizmaları ile toplumsal savunma odaklarının yaratılması ve meşrulaştırılması öne çıkmaktadır; yaratılan bu mekanizma ve odakların aynı zamanda etik değer duygusu, eşitlik, özgürlük, güvenlik ve dayanışma bilinci ile desteklenmesi gerekmektedir. Bu duruşun bir anlamı ve hedeflediği amaçlar bulunmaktadır: Bu amaçsalılık adaletin gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Çünkü toplumsal yaşam içinde yurttaş bireyinin en çok gereksinim duyduğu töz, adaletin bizahtı kendisi olmaktadır.

Yargı etkinliği ile yargıcın konumsal ve kurumsal durumunu belirledikten sonra yapılacak olan, yargı düzeni ile konformizm arasındaki bağlantı ve içiçeliği saptamaktır. Bu saptama bir savaşım alanını da beraberinde getirmektedir. Çünkü adalet ülküsü ancak bir savaşımın ürünü olabilir. Bu sav yeryüzünün adaletten ne denli uzak olduğu ile ilgili bulunmaktadır. İnsanın her türlü zayıflığı ve açlığı sınır tanımaz bir şekilde yeryüzünü kaplamıştır. Savaş, yolsuzluk, yozlaşma, sömürü, zulüm, ırkçılık gibi akla gelebilecek insanlık sorunları genel olarak toplumsal ya da bireysel zayıflıklardan ve açıklardan kaynaklanmaktadır. Çıkar odakları için bu zayıflığı ve açlığı gidermenin yolu maddi gücü ele geçirmektir ve güç her türlü çıkara hizmet eder hale geldikten sonra, önüne gelen her olguyu eninde sonunda karşısında diz çökmeye zorlamaktadır. Burada bireysel katilin zayıflığı veya açıklığından daha tehlikeli durumlarla yüzleşmemiz gerekmektedir. Zayıflık ve açıklık bir toplum, grup veya birey için nasıl tehlikeli hale gelebilir. Tümüyle bir toplum ya da grup her türlü çıkar histerisi altında saldırganlığını,

susturduğu ve sindirdiği kitleler üzerine dayatabilir veya uygulayabilir mi?. Daha mikro düzeyde konformizm bağlamında sorulması gereken soru şudur: Bir çetenin çıkar savaşımı nasıl olur da bir toplumda, toplumsal saygınlık olarak algılanabilir.

Demokratik sosyal hukuk devleti olarak bir cumhuriyette insanlığın, yurttaşlığın ve bireyleşmenin en önemli güvencesi hukuktur. Bu hukuk, kurallar manzumesinden, kısacası mevzuat dağarcığından ibaret değildir. Hukuk, bir düzen imgesi ve beklentisidir. Hukuku soyut kurallar düzeyine ve düzeyine indirgeyen, hukuksal etkinliği ve hukukun üstünlüğünü kamu düzeni haline getiremeyen yargı düzeni açıkça konforme olmuş demektir. Bu, bir diğer anlamıyla adaletin dize getirilmesidir. Devlet şiddet tekeli bünyesinde barındıran yalın bir kamu gücü değildir, onu anlamlandıran ve kamu yararına uygun kılan hukuka dolayısıyla adalet hizmet ediyor ya da eder olmasıdır. Bu gerçeklik meşru bir hesaplaşma güdüsüne hizmet etmektedir: o da adalet olan bireysel ve toplumsal gereksinimin tatminidir.

Her kamu düzeninin oluşumunda, çeşitli biçimlerde gerçekleşen çekişmelerin, siyasal ve sosyal düşüncelerin, toplum katmanlarının, sosyal ve ekonomik çıkarların, dinsel ve ideolojik yapılanmaların etkin olduğu bilinmektedir. Demokratik bir cumhuriyette ise, devletin kamusal varlığı, tarafsızlık ya da ideolojisizlik üzerinde biçimlenmek zorundadır. İdeoloji ekseninden uzaklaşarak, temel değer ile haklara bakmak ve sahip olmak aynı zamanda bir korunma alanına da sahip olmak anlamına gelmektedir. Nötr kamu alanı olarak nitelendirilebilecek koruma alanının te-

mel işlevi, haksızlığa karşı koruma isteme ya da haksızlığa karşı tek başına harekete geçebilmektir. Bu evrede tüm kamu güçlerinin haksızlığa karşı tek başına harekete geçen yurttaşın yanında yer almaları, kamu gücünün meşruluğunun ve varoluşunun temelini oluşturmaktadır.⁽⁷²⁾ Böylece tekil bireysel savunmayı toplumsal savunma düzeyine çıkaran kamusal dayanışmanın, hukuk devletinin ve hukukun üstünlüğünün yaşatılmasına yol açtığı kadar, yurttaş için kamu düzeninin hukuksallığının sürekli gözetilmesi ve korunmasını da sağlamaktadır.

Bu savlar, yargı düzeni için meşruluk dayanağı sağladığı kadar, kamu düzeninin oluşumunda yargının belirleyici ve denetleyici etkinlikte olmasına da yol açmaktadır. Bir hukuk devletinde yargı düzeni, kendi gerçekliğinde ve varoluşunda kendisine atfedilen yapıyı ve hedefi etkin bir şekilde gerçekleştiremez ve savunamaz ya da bu bilinçten uzaklaşırsa, kamu iktidarı kullanamayan bir kamu mekanizmasına dönüşür. Burada yargının bürokratik bir mekanizmaya dönüşmesinin kaçınılmaz yazgısından söz edebiliriz. Bu durumda devletin ya da kamu gücünün ideolojik aygıtı⁽⁷³⁾ olarak hukuk düzeni ve yargıç, güvence olmaktan çıkarak tahakkümün yerleşmesi ve bu yolla şiddet tekelinin aracı konumuna kadar geriler. Burada artık kamu yararından ve genel iradede söz edilemez, egemen bir çı-

kar fikri ve grubu kamu düzenini kendi görüşü ve mantığı doğrultusunda oluşturmış demektir. Bu mantığa gösterilen uyumun bir diğer adı konformizm olmaktadır. Yargıç için ise, bu durum zamanla kanıksanarak genel geçer hale gelmektedir. Böylece yargıç, konformizmin dayattığı egemen mantığın etkisiyle, hukukun ve adaletin bu şekilde gerçekleştiği kanısı ve sanısı altında bu mantığı içselleştirilip hükme dönüştürülmektedir. Daha iyimser tahminle yargıç, bu durumun farkında olsa da, elinden bir şey gelmeyeceği inancıyla, hareketsiz kalarak gösterdiği uyumla yine de konformizmin güdümüne girmektedir. Sonuçta yargıç, demokratik hukuk devletinde, yargıçlıktan çok egemen bir toplumsal tavra, bazen kişisel çıkarların ağır bastığı ve sağduyu olarak hissedilip adlandırılan kaniya hizmet eder hale gelmektedir. Bu da adaletten çok, dayatılan genel geçer, toplumun egemen değerlerinin, törenin ve adliye geleneğinin egemenliğine yol açarak yargının hukuksal etkinliğini tüketerek biçimini değiştirmektedir. Yoğun bir toplumsal güvensizlik teması bu oluşumu izleyerek adalet kurumlarını görüntüden ibaret kılmaktadır. Türkiye özelinde savcılık kurumunun evrak memurluğu düzeyine inmesi ya da indirilmesinin altında böylesi bir gerçekliğin olduğunu saptamak güç değildir.⁽⁷⁴⁾ Bu yolla ülke kaynaklarının çıkar çevrelerince yağmalanmasının, her tür-

(72) "En yüksek mahkeme, en yoksul kişinin girişimiyle harekete geçemiyorsa, adalet bir komediye dönüşür ancak..." Şakir Eczacıbaşı, Bernard Shaw: Gülen Düşünceler, Y.K.Y., İstanbul 1996, s.109.

(73) Louis Althusser, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, Çev. Alp Tümerekin, İthaki, İstanbul 2003, s.70.

(74) "Türk kanunları, herhangi bir davanın soruşturulmasının yönetiminde savcılığın son derece geniş sorumluluklarının bulunduğunu öngörmektedir. Kanun, savcılar, soruşturma süreci içerisinde davalıların haklarını koruma ve hem delil sunma hem de delil toplama hususunda yetkili makam olarak belirlemiştir. Açıkça hazırlık soruşturmalarını yönetmek ve duruşma öncesi soruşturma aşamasında araştırmayı yapan polisi denetlemek yetkileriyle donatılmışlardır. Ancak bazı çevrelerde savcılığın, duruşma öncesi soruşturma sürecinde polis makamları üzerinde bu yetkilerinin çok az veya hiç kullanılmadığı yönünde kaygılar ileri sürülmektedir. Aksine, hem delil toplama hem de alı konulan kişilerin haklarının korunması geniş ölçüde polise bırakılmış, dosyalar, sadece iddianame hazırlanıp hazırlanmaması konusunda karar verilmesi gerektiği zaman savcı önüne götürülmektedir. Bu şekilde, polisin davanın soruşturulmasını üstlendiği ve savcının

lü mafyöz ilişkilerin, yozlaşmanın, yolsuzlukların ve yoksunlukların önünü almak mümkün olmamaktadır. Dürüst ve doğru bir yurttaş için ise, bireyin, toplumun ve devletin savunulmasında bu denli zaaf göstermenin sonucu, her yönüyle terörize edilen bir hayata katlanmaktan ve fakirleşmekten başkası olmamaktadır.

2 – Hakların Güdüm Altına Sokulması

Yargıçları grup ve birey olarak tanımadan, onların sosyal, ekonomik ve kişisel oluşumlarını ve kurumsal durumlarını bilmeden adil yargılanma hakkını anlamaya ve kurmaya çalışmak daha baştan eksik bir girişim olmaya adaydır.⁽⁷⁵⁾ Yargıçlığın altında kişilik mesleği olduğu, sık tekrarlanan bir olgudur. Çünkü insanı yargılamak Tanrısal bir iştir. Her ne kadar yeryüzünde Tanrının işini yapmaya çalışan bir insandan mutlak adalet dağıtacağını beklemek fazla iyimserlik olsa da, zorunlu olarak, kamu düzeni tarafından temellendirilmiş ve özellikle kamu vicdanında meşrulaştırılmış kurumsal bir hak dağıtıcı ve çözümlenici mekanizmaya gereksinim vardır. Bu gereksinim insanlık tarihi boyunca toplumların başlıca arayışlarından biri olmuştur. Yargıçlığın en eski mesleklerden biri olması bu savın en önemli kanıtı olmaktadır.

Yargıcın başlıca etkinliği haklar arasında belirlemeler yapmaktır. Hak ya

da hukukun benzerliğinden yola çıkarak haklara yani hukuka sahip olmak aynı zamanda bireysel bir egemenlik alanına sahip olmak anlamına gelmektedir. Ancak bu kaynaktan hareketle kişisel özgürlük ve özerklik temalarını geliştirmemiz mümkündür, bu tema, zorunlu olarak, yurttaşlık ve yurttaşların kamusal eşitliği üzerinden desteklenmektedir. Buradan başa dönecek olursak, yargıcın haklar arasında belirlemeler yapması demek, kişisel egemenlik alanlarının kabul edilerek tanınması ile bu egemenlikler arasında kademeli hiyerarşiler kurmak demektir. Bu hiyerarşik ilişkiler ise, adalet değerlerinin belirlediği ortak yarar piramidine uygun olarak kamu düzenini oluşturarak toplumu barışlandırmaktadır. Buradan da şu sonuca varmak mümkündür, kişisel yararlar ancak ortak yararlarla uyumlu olduğu oranda meşru ve kamu yararına uygun olmaktadır. Dolayısıyla haklar arasındaki hiyerarşi yaratmanın belirleyici unsuru, bunların ortak yarara yakınlıkları ile ilgili olmaktadır.⁽⁷⁶⁾ Ancak zamanla haklar piramidinin ters yüz edilmesi ya da grupsal ve kişisel çıkarların öne çıkması ile hakların ortak yararlarla uyumu ve haklar hiyerarşisi evrime uğratarak tahrip edilmektedir.

Konforme olan bir yargı düzeninde hakların güdüm altında tutulması tahmin edilemeyecek boyutlara ulaşabilmektedir. Türkiye’de ceza yargılamasında olgusal bir soruna yol açan sa-

vunma ile savın eşitsizliği tüm serzeniş ve uyarılara rağmen uzun yıllardır devam etmektedir. Savcılık kurumunun, karar makamı ile aynı kürsüdeki konunun açıkça savunma ile sav arasında eşitsizliğin ve tahakkümün görüntüsü ve işareti olduğu bilinmektedir.⁽⁷⁷⁾ Uygulamada yargı düzeninde karar ile sav mekanizmalarını bir arada tutmanın belirli bir amacı vardır, bu amaç adalete ulaşmak değildir, yapısına göre otoriter veya totaliter toplumsal anlayışı egemen kılmak ve bu yapıyla kamusal hale gelen yönetimin ya da zihniyetin sürekliliğini sağlamaktır. Böylece yargıç ve savcının birlikteliği, karar ile savın birlikteliğine yol açarak, yargıç, toplumsal savunmadan çok, kamusal saldırganlığın aracına dönüşmektedir. Oysa demokratik sosyal hukuk devleti olarak cumhuriyetin nihai erdemi ve güvencesi, kamusal savın saldırganlığından çok, bireysel ve toplumsal savunmanın özgürlüğü, özerkliği, koşulsuzluğu ve gücüdür. Çünkü birey ile kurumsallaşmış siyasal iktidar ya da toplum arasındaki güç dengesizliği muazzam bir savunma hakkını ve hattını gerekli kılmaktadır. Bu durumun savunma ile sav arasında eşitsizliğe ve yurttaşlar arasında güvensizliğe yol açtığı açıkça bilinmesine karşın, bu konuda gerekli adımların atılmaması, tüm yargı kurumlaşması için ünlü marangoz hatasının bir türlü düzeltilmemesi⁽⁷⁸⁾ ve bu konuda gösterilen karşı direnç haklardan çok otoriter konumların daha

fazla önemsendiğini göstermektedir. Bu türlü bir benzeştirme, özellikle karar makamının, yargıcın, güdüm altına sokulmasına yol açarak, tarafsız ve bağımsız görünüm öğelerinin ihlali ile adil yargılanma hakkının yok edilmesi varan sonuçlar doğurmaktadır.⁽⁷⁹⁾ Böylece yargıcın kurumsal özerkliği idari bir bürokratik yapı içine çekilmeye çalışılmaktadır. Siyasal iktidar öyle ya da böyle yargıcı koşulsuz denetimi altında tutmak istemektedir.

Bu nedenle marangoz hatasının oldukça önemli saptamalar içerdiği gözden uzak tutulmamalıdır. Marangoz hatası denilen olgunun aslında temel yargılama değer ve ilkelerini açıkça ihlal ettiğini tüm hukukçular olanca açıklığı ile bilmektedirler. Yargı ile sav makamlarını birbirine benzeştirmek, yurttaş bireyine yapılan en önemli haksızlıklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada yargı ile sav arasındaki tarihsel kopuşun ortadan kaldırmak istediği tehlikelere yeniden dönülmektedir. Yargıç ve savcılar bu olguyu makamlarının öznel kaygısından uzaklaşarak değerlendirmek, düşünmek ve duyumsamak zorundadırlar. Devlete çalışmanın, kamu görevlisi olmanın verdiği kılışal güdü ve düşüncelerle aynı mekan içinde, adliyelerde konumlanan, yargı ve sav makamlarının zamanla birbirlerini içerdikleri ve birbirlerine benzedikleri, dayanışmalı bir hale geldikleri inkar edilemeyecek bir gerçektir. Çağdaş ceza yargılama düzenlerinde

sadece önüne konulan delil durumuna göre soruşturma konusunda karar verdiği söylenmektedir. Bu husus, özellikle Diyarbakır İnsan Hakları Birliği ve İstanbul Avukatlar Geçici Birliği tarafından, yaptığımız görüşmelerde bir problem olarak ifade edilmiş idi. İstanbul Avukatlar Geçici Birliği Başkanı, bir soruşturmanın asla başka bir şekilde yürütüldüğüne tanık olmadığı, iddianame tanzimi hususundaki kararın sadece polis tarafından sunulan delil durumuna göre verildiği ve savcının hiçbir zaman ek bir delil talep etmediği yönünde uzmanlara bilgi vermiştir. Bu husus, “Kanunla yetkili kalmadığı veya uygulama ile uyumlu olduğu sürece, suçların soruşturulması, bu soruşturmanın yasallığının denetimi ve dava açılması da dahil olmak üzere savcılar tüm cezaî işlemlerde aktif bir rol icra etmemelidir” şeklinde düzenleme getiren 11 no’lu Savcıların Rolü Konusunda İlke kararına da aykırılık oluşturmaktadır.” Bjornberg, Richmond, s.65-66.

(75) Ünsal, s.73-74; Coşkun, s.110.

(76) “İnsanlar, hukuk bakımından, özgür ve eşit doğarlar, özgür ve eşit yaşarlar. Sosyal farklılıklar, ancak ortak faydaya dayanabilir.” 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi birinci madde.

(77) “Hakimin hal ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır. Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleştirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir.” Birleşmiş Milletler, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, madde 3/2.

(78) Adaletin Bu Mu Salon, Radikal, 05.04.2004, s.3.

(79) “Hukukun üstünlüğü ve insan hakları standartlarına saygı, prensipleri esasına dayalı bir hukuk sisteminin, resmi bir sığa haiz kişiler tarafından suç işlenmesi durumlarında dahi vatandaşlara karşı işlenen suçları araştırma ve soruşturmaya istekli ve bu kararlılığı sürdürmeye muktedir olan tarafsız, bağımsız ve güçlü savcılara ihtiyacı bulunmaktadır. Toplumda adaletin sağlanması için savcılar, bu fonksiyonlarını yerine getirmeye muktedir olmazlarsa, giderek kökleşen bir kişi dokunulmazlığı ve muafiyet durumunun ortaya çıkması yönünde çok ciddi bir risk bulunmaktadır.” Bjornberg, Richmond, s.61.

ise, bunun tersi geçerli olmaktadır ve ancak bu şekilde yargı ile sav kendi amaçsallıkları içinde doğru biçimde çalışabilmektedirler. Bu nedenle yargı erkinin, yurttaş bireyinin adalet isteğinin aracı olmaktan çıktığı, bir tür statüko birimi haline geldiği, varlığının ve etkinliğinin toplumu barışlandırmadığı ve etkin olarak suçtan arındırmadığı sıkça tekrarlanan yakınma konularından biri olmaktadır. Sav makamı salt kamu davasının karar makamı haline gelerek edilgenleşmiş durumdadır.⁽⁸⁰⁾ Mahkemeler ve yargıç yargı erkinin kullanımında kural olarak edilgen sujelardır. Mahkeme ya da yargıç, genel olarak, yargısal olarak harekete geçmek için önüne gelecek dava ya da uyuşmazlığı bekler. Savcılık ya da savcı ise, yargı erkinin kullanımında etken sujedir, önüne yargılama konusu olayın gelmesini beklediği kadar, suç ya da kamu düzenini ilgilendiren konularda kendiliğinden harekete geçmek için konumlanmış durumdadır. Ancak Türkiye’de savcılık kurumu genel olarak mahkemelere benzer şekilde edilgen suje konumuna gelmiş durumdadırlar. Savcılığın, savdan doğan, taraf olmasına karşılık, mahkeme aşamasında yargılama etkinliği sav ve savunma için demokratik bir süreci gerekli kılmaktadır. Davanın ya da hukuksal çatışmanın taraflarının hak, savunma ve savlarını hiçbir çekince duymadan özerklik, eşitlik ve özgürlük içinde, ancak yargılama usulünün belirlediği şekilde ileri sürmeleri ile bunu tartışabilmeleri gereklidir. Kanıtlama, tartışma ve karar üzerine dayanan yargılama etkinliğinde yargıya yüklenen görev tarafsız bir adalet

sujesi olarak haklar arasında belirlemeler yaparak davada yarışan haklar hiyerarşisini belirlemek ve buna göre davayı ya da hukuksal çatışmayı adalet çerçevesinde adil ve doğru olarak çözmektir. Bunun gerçekleşmesi için kamusal savın ve bireysel savunmanın eşitlik içinde çalışmaları zorunlu görünmektedir. Bu anlayış ve yapı sorunlar yumağına yol açarak yargı düzeninde geçerliliğini sürdürmektedir Kamu görevinde ya da hizmetinde görmezden gelinen irili ufaklı her sorun sonuçta güven ve etkinlik bunalımına yol açmaktadır. Bu da kaçınılmaz olarak kamu görevi ve hizmetini çeşitli biçimlerde yozlaştırılmaktadır. Sonuçta bu kadar küçük kapsamlı bir sorunu çözemeyen ve hukuksal doğruyu hayata geçiremeyen bir kamu birimi için diğer büyük sorunlar gerçekten baş ağrıtabilecek ve üstesinden gelinemeyecek boyutta olmaktadır. Böylece yargıç, hukuk düzenindeki bu fiili kilitlenme ve kördüğüm sonucunda, mental bir güdümün altında, kendinde olmayan ve oluşmayan bağımsızlık, özgürlük, özerklik, eşitlik, güvenlik ve adalet değerlerini, başkalarına vermesi mümkün olmamaktadır.

Yargı erkinin bürokratik yapıya dönüştüğünü gösteren ve destekleyen birçok kanıt bulunmaktadır. Yargıçların zamanla hukukçu olmaktan çok, mevzuat teknisyeni haline geldikleri ileri sürülebilir. Burada, mevzuat olarak adlandırılan kurallar manzumesi salt yasalardan ibaret değildir. Bu olguya ek olarak içtihat uymacılığı ve emsal karar araştırmacılığı olarak beliren kolaycılığın tüm hukukçuları teslim aldığını söylemek gerekir. Adalet mekanizma-

sının tümüyle içtihat hukukçuluğuna doğru gittiği, hatta açıkça içtihat hukukçuluğu yapıldığı konusunda saptamalar bulunmaktadır.⁽⁸¹⁾ Hukukta boşluk olmaz ilkesi uyarınca her hukuksal uyuşmazlığın içtihatla doldurulmasının ötesine geçilmiş durumdadır. Bu noktada üzerinde durulması gereken başlıca sorun, adalet değerinin çoğul üretiminin sona ermiş olmasıdır. Daha doğrusu genel olarak adalette ulaşmada yaratıcı çoğul hukuk düşüncesinin, farklı olanakların ve yapıların bilgisine sahip olmanın önü içtihadın yol açtığı uymacılıkla kapanmış durumdadır. Yaşayan hukuk algılamasının Türkiye’de sorunlu olmasının altında böylesi bir gerçeğin yattığı bilinmektedir. Bu nedenlerle yargılamanın demokratikleştirilmesi, salt davanın taraflarının yararlandığı bir unsur olmamaktadır. Yargıcın adalet arayışı olarak hukuk üretmekte özgürlüğü, hukuksal etkinliğinin ve yaratıcılığının yetkinleştiği ve ürettiği hukuka sahip çıkarak kendi benliğini, hukuk adamlığını adalette ulaşma yolunda biçimlendirdiği ve geliştirdiği süreçlere gereksinim vardır. Kısacası yargıcın benliğinde adalette özgülennmiş anlamlı bir yüksek vicdan muhasebesinin geliştirilmesi gerekmektedir. Bunun için öncelikle yargıç ve savcılarının terfi sisteminin ve not alma usullerinin değiştirilerek, mesleki kariyeri belirleyen sıkı denetim ve uymacılığın sona erdirilmesi zorunlu görünmektedir.⁽⁸²⁾ Hukuku bulmak ya da her dava için yaratmak için mutlak olarak yüksek yargıç ya da

yüksek mahkeme olmak zorunlu değildir: Çünkü haklar, insanlığa ait durumları gösteren ve her insan tarafından değişik oranlarda kazanılan, bilinen, yaşanan ve hissedilen yaşamsal dayanaklar olmaktadır. Hakları yargıçlar yaratmamaktadırlar; haklar insana içkin doğal, siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik yapıların tarihsel ve sosyolojik devinimi sonucu ortaya çıkmaktadırlar. Bu nedenlerle hukuk üretiminin tüm insanlığın ortak yaratımına açık olması ve açık tutulması zorunludur. Hukuk üretiminin tek merkeziliğe indirgenmesi doğası gereği sınıfsal, otoriter ve totaliter hukuk anlayışının geçerliliğine yol açmaktadır.⁽⁸³⁾ Bu durumda hukuk anlayışı kahrplarak bir tür uzmanlaşmış mesleki statüko aracı konumuna değin gerileyerek, adalet uygunluğunu, hukuksallığını, insancılığını, güncelliğini, gelişmeciliğini, otoritesini ve kapsayıcılığını yitirmektedir.⁽⁸⁴⁾ Sonuçta bu yapı her türüyle hakların güdüm altına alınmasına yol açmaktadır.

3 - Yargının Yozlaşması

Bir kamu kurumunun, kamu düzeninde gelişmesi veya gerilemesi belirli bir ivme izlemektedir. Yaşanılan her süreç inişler, çıkışlar ve durağanlıklar gösterir ve bazı sonuçlar çoğu zaman kendisini, oluşumunu baştan belli eder. Yargı kurumlaşması için bu izleği belirlemek son derece önemli saptamalar içermektedir. Yargının yozlaşması bir başlangıç teması değildir. İnsan olarak adalet ve hakkaniyete olan tutkumuz,

(80) "Hazırlık soruşturmasında elde edilen delillerin durumuna göre cezaî işlemlerin başlatılıp başlatılmayacağına değerlendirilmesinde savcılar, herhangi bir yetkileri yokmuş gibi hareket ettikleri görülmektedir. Delillerin değerlendirilmesi, hâkimlere münhasır bir görev olarak telakki edilmektedir." Bjornberg, Richmond, s.63.

(81) Karş., Rottleuthner, s.59.

(82) "Yargıtay'ın kararları alt derecedeki mahkemeler için yasal olarak bağlayıcı değildir ancak uygulamada, alt mahkemeler genellikle bu kararları takip etmektedir. Bu kısmen alt derece mahkemelerin hâkimlerinin Yargıtay'ın kararlarına itibar etmelerine, kısmen de Yargıtay'ın alt derece mahkemelerin hâkimlerinin kararlarını bu hâkimlerin meslekî ilerlemelerini ilgilendirecek şekilde değerlendiriyor olmasına bağlıdır." Bjornberg, Richmond, s.18.

(83) Karş., Rottleuthner, s.59.

(84) Prof. Dr. Sahir Erman'ın İtalya'daki ünlü konferansında meydana gelen olaylar bu kapsamda değerlendirilebilir.

tarikhler boyu hep canlı kalmıştır. Ancak gerçekten adalet adına yapılanlar yer yüzünde kendini zayıf ve güçsüz olarak hissettirmektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde, adalet mekanizmalarının gittikçe önemlerini, güvenilirliklerini ve etkinliklerini yitirmeleri, hatta hiç sağlayamamış olmaları ile adaletin toplum hayatında boş inançtan başkası olmadığı savına varan derin umutsuzluk anlayışları gelişmiştir. Güvensizlik ve kaygı küresel bir tehdit olarak tüm dünyayı kaplamıştır. İnsan için ekonomik ve sosyal şartların dayattığı koşullarla savaşmak zorlaşırken, gelir adaleti, sosyal güvenlik gibi sosyal adaletle yönelik tüm çabalar yozlaşma belirtileri göstermektedir. Sosyal adalet gerçek anlamıyla sağlanamayan ya da güncel ve egemen çıkarların verdiği yağma anlayışıyla geri dönülemez ekonomik ve sosyal boşluklara ve tükenişlere yol açmaktadır.⁽⁸⁵⁾ Kamu düzeni, toplumsal yozlaşma ve onu izleyen yolsuzluk, kamu görevlerinin her türüyle sömürülmesiyle bozulma ve çöküş sürecine girmektedir. Bu kirlenme ve tükenmenin en trajik etkisi, yurttaş bireyinin yapısal olarak kişisel bozulmaya uğrayarak derin bir konformitenin içine itilmesi ile sonuçlanmaktadır. İnsanlar her türüyle "gemisini kurtaran kaptan" olmaya zorlanmaktadır. Bu aynı zamanda çıkarların evrimiyle çarpık işbirliğine yol açarak, her bireyi, kamu kurumunu ve etkinliğini bu durumla uyumlu olmaya zorlamaktadır. Böylece kamu yararı kavramının ve anlayışının içi tamamen boşaltılmaktadır.

Bu arka plan içinde yargının ve yargıcın yozlaşmasından söz etmek, salt yargı elemanlarının dürüst kalmaları

anlamına gelmemektedir. Ayrıca ve ondan daha çok yargı etkinliğinin kamu yaşamını adalet, hak, özgürlük, eşitlik, güvenlik, düzen, iyiniyet, doğruluk gibi üstün değerlerle doldurup doldurmadığı ifade edilmektedir. Burada bir etkinlik sorunu üzerine vurgu yapmanın yamsallığını dile getirmek gerekmektedir. Hukuk devletinin, hukukun üstünlüğünün, demokratik bir cumhuriyette varlığı bir düzen imgesi ile geçerlilik kazanmaktadır. Bu, bireysel ve toplumsal tasavvuru aşan, bir varoluş sürecini ve beklentisini olası kılan, kamusal gerçeklik yapılarını oluşturup kamu düzenine sunmayı gerektirmektedir. Buna rağmen mevcut gerçekliğin görüntüleri ve etkinliği toplumu yeteri kadar barışlandıramıyorsa, toplumsal ve bireysel savunmayı sağlayamıyorsa, her şeyden önemlisi kamu düzenini adalet yürünmesine taşıyamıyorsa, ortada bir yozlaşma veya varoluşsal bir yetersizlik belirtisinin olduğunu düşünebiliriz. Bu durum yurttaş gözünde hakların boş inançlar olmaya değin gerilediği niteliksizleşmeye varan sonuçlar doğurabilmektedir.⁽⁸⁶⁾

Yargının yozlaşmasının kırılma noktası adli mekanizmanın sıradanlaşarak önemini, nitelik ve niceliğini, en önemlisi güvenilirliğini yitirmesidir. Bu noktaya varan gelişmeleri genel olarak değerlendirme, güdüm ve denetim altına alma, etkinliğin azaltılması ya da mental ve kurumsal olarak zayıflık, güçsüzlük hissetme ve bu şekilde davranma eğilimi, güncel mesleki sorunların zamanında giderilememesi sonucu kördüğümüne dönüşen sorunlar olarak açıklayabiliriz. Tüm yargı erkinin bu şekilde davrandığı, böyle davranmaya

itildiği, siyasal ve sosyal zeminler her zaman var olmuştur. Böylece bir tür itilmişlik içinde iktidar olanak ve yapılarından bilinçli olarak uzaklaştırılması sonucu ironik tanımıyla memurlaşan yargı için yargılamak, kamu düzeninin bir verisi, adaletin toplumsal hayata yargıç aracılığıyla yansması, yani dönüştürücü ve yenileyici iktidar olmaktan uzak anlamlar ifade etmektedir. Bunu ilk hissedenler ve anlayanlar trajik biçimde yargıçlar olmaktadır. Bu değişimsizleşme ve güdüm, doğal olarak yargıçta geri çekilme refleksine yol açarak, kabuğa çekilme olarak adlandırılacak yapısal bir küçülmeye ulaşmaktadır. Bu haliyle yargının mantık, kurum ve işleyiş olarak güçsüzleştirilmesi ile her türlü kamusal açık, haksızlık veya yağmaya karşı yurttaş bireyinin haklarını savunması imkansızlaşmaktadır. Adliyenin gücünün bu derece geri plana itilmesi ile yolsuzluk çemberi gittikçe sarmal bir şekilde kamu düzenini ele geçirerek kamu hizmetinin ve kamu yararının yok olmasına varan sonuçlar ile toplumsal boyutları tahmin edilemeyecek zararlara yol açmaktadır. Bir toplum için hesap verirlikten, şeffaflıktan ve doğruluktan bu denli uzaklaşmanın bedeli, her yönüyle kötü bir yaşam, fırsatını bulanın terk etmek istediği bir ülke olmaktadır.

Bu geri çekilme ve güçsüzlük hissi adliye ortamlarını da yozlaştırmaktadır. Ancak adli mekanizmaya karşı toplumsal güvensizliğin tek kaynağı etkinlik sorunu değildir. Adalet değeri, insan üzerinde yücelik duygusuna yol açmaktadır. Bu nedenle adalet mekanizmalarında hak arayanlar kadar, tüm yurttaşların duygu ve düşüncesinde, yargı ele-

manlarına yüklenen ve görülmek istenen, her türüyle dürüstlük, olgunluk ve yüksek kişilik görüntüleri olmaktadır. Bu unsur güvenilirliğin başlangıç noktasıdır; ardından adalet hizmetinde her yönüyle doğruluk, kalite ve etkinlik sorunları düşünülmektedir. Sonuçta adli makamların yozlaşmasının arka planında her türüyle yargı kurumunun saygınlığının yok edilmesi bulunmaktadır. Yargı mekanizması tüm kamu imkanlarından bilinçli olarak uzak tutuluyorsa, kamu düzeninde hukukun ilke ve uygulamalarından açıkça kaçış yaşıyorsa, yargıçlar ve savcılar mesleklerini hukuk ve adalet bilinci altında yapmıyorsa, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları kamu yaşamında yeterince yer bulamıyorsa, insan hakları tam olarak sağlanamıyorsa, demokratik toplum düzeni kendini geliştiremiyorsa, haklar güdüm altında tutuluyorsa, bu oluşumlar sürekli yaşanan durumlar, yargının yozlaştığı noktaya gelmiş demektir. Bunun bir adım ötesi kamu hizmetinin yozlaşma evresinden, yolsuzluk evresine geçerek hiçleşmesidir. Adli mekanların yolsuzluk ürettiği evreye gelmesi artık kurumsal iflasın diğer adıdır.⁽⁸⁷⁾ Bu argümanlar yargının içinde bulunduğu derin konformitenin doğal sonuçlarını göstermektedir.⁽⁸⁸⁾ Yargıçlığın ve savcılığın önemini ve yamsallığını bireysel, toplumsal, mesleki ve kurumsal olarak sahiplenmemenin bedeli ağır bir tükenişe teslim olmaaktır. Bu tükenişin altında yargı iktidarının uymacılığının olduğunu bilmek önemli bir saptama olarak kamu düzeninin varoluşunda halen gerçekliğini korumaktadır. Buradaki ters uyumun verisi çeşitli yozlaşma alanlarının

(85) 248 milyar dolarlık genel yolsuzluk faturası için bkz. *Düzel*, Yaşar Okuyan'la söyleşi, s.6.

(86) "...Kapitalist düzende, tüm bireyler (reşit, vb. olanlar) hak sahibi öznelordir ve her şey de metadır." Althusser, s.67.

(87) "Yargıda yolsuzluğun azı bile çoktur. Söylentisi bile ürperticidir. Çünkü yargı toplumun kilit taşıdır." Ökçesiz, (2001), s.33; İş bitiren hukukçular sınıfı türediğine ilişkin bilgi için, bkz. Kılıçoğlu, s.98.

(88) Ökçesiz, (2001), s.33.

kamusal yaşamı doldurmasıdır. Ortaya çıkarılan her mafyöz ilişkinin bir ucunun adliye dokunması bunun tipik kanıtı olmaktadır.

4 - Yargının Hiçleşmesi

Yargının hiçleşmesi, bir tükenişin abartılı tanımıdır. Yargı düzeninin her şartta toplum için vazgeçilmez olduğunu yadsımak mümkün değildir. Bu nedenle insanlık tarihinin her döneminde yargıçlık işlevi görenler hep var olmuşlardır. Ancak kara delikler gibi yargının da hiçleştiği ara eşikler bulunmaktadır. Yargının güvenilirliğinin tartışma götürmez olması gibi saygınlığının da toplum yaşamında değer bulması gerekmektedir. İnsan unsurunun olumsuz verileri kurumsal yapılarda zaafılara, yetersizliklere, kolaycılığa özellikle çeşitli biçimlerde boşvermişliğe yol açmaktadır. Kamu yaşamında ve düzeninde belirli bir esnekliğin olması, bu esnekliğin ölçüsünün tahmin edilebilir ve hesaplanabilir olması zorunludur. Katı bir pozitif hukuk anlayışıyla kurulan amacını aşan haksızlıklara yol açmak her zaman olasıdır. Çoğu zaman bu durumla haksızlığın başa baş gittiği çokça ifade edilmektedir.

Yargı mekanizması hangi hallerde ve nasıl hiçleşir. İnsan hakları bağlamında yargının hiçleştiği alanlardan biri işkence olgusunda kendini göstermektedir. İşkence olgusunun altında, hınc psikozu olduğu kadar, suç kanıtlarına ya da ortaklarına ulaşmada kullanılan basitleştirilmiş kestirme bir yol olması da bulunmaktadır. Ancak bu olgu, işkencenin insan üzerinde yarattığı kaçamak suçlamalar nedeniyle kanıtlara ve suç ortaklarına ulaşmada başlı başı-

na sorunlar yaratmıştır. Bununla kalmayan işkence uygulamaları bireysel, toplumsal ve kamusal korku ve bunu izleyen kanıksamayla geçmiş yıllarda uzunca bir dönem olağan bir eyleme dönüşmüştür.⁽⁸⁹⁾ Birçok masum insan, işkence altındaki kişilerin, kendilerini kurtarmak amacıyla yaptıkları gerçek dışı ve haksız suçlamaları sonucu, kötü muameleler, işkenceler, hatta oldukça uzun süren ve aklanmayla sonuçlanan yargılamalar görmüşlerdir.⁽⁹⁰⁾ İşkence eyleminin altında yatan asıl insani sorun, işkence yapanın insanlığından bu denli uzaklaşmasıdır. İşkence eyleminin her türü hangi şartlar altında yaygınlık kazanabilir ve işkence yapan kamu görevlisinin, işkence olgusuyla uyumu bir konformite sorunu mudur ya da içindeki vahşiliği veya ruhsal hastalığı tatmine mi çalışmaktadır? Bu soruların yanıtları yaşamsal önemde sorunlara işaret etmektedir. Şunu açıkça söylemek gerekmektedir: Yargıç ve savcısının insan hakları ve işkence konusunda duyarlı olduğu bir adli yetki mekanında herhangi bir kamu görevlisinin işkence yapması demek, kendisi için oldukça tehlikeli sonuçları olabilecek eyleme girişmesi demektir. Hiçbir kamu görevlisinin normal koşullarda bu aymazlığı gösterebilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak, günümüzde, insanlığa karşı suçlar kapsamında değerlendirilen işkence ile savaşında yargı mekanizmasının önleyici etkinlik payı ve rolü hep tartışmalı kalmıştır.

Yasaları zamanında günün şartlarına uygun hale getirmeyen yasama iktidarının, yargı iktidarını düşürdüğü durum oldukça düşündürücüdür. Türkiye'de ceza mahkemeleri, uzun yıllar yürür-

lükte kalan ve mahkum edilenlerin dahi inanmakta güçlük çektikleri ağır ve hafif para cezalarına karar vermiştir.⁽⁹¹⁾ Bu kadar gerçek dışı para cezalarının yanında Ceza İnfaz Yasasından doğan cezanın ertelenmesi uygulaması yaygınlık kazanmıştır. Ciddiyet dışı cezaların doğal sonucu olarak, erteleme kurumu yargıçlar tarafından pervasızca kullanılmıştır. Böylece mahkemelerce verilen cezaların suçla savaşında etkinliği sağlayamadığı gibi mahkemelerin ve yargıçların saygınlığını da dolaylı olarak azaltmıştır.

Yargı ve yargıç etkinliğinin konforu olmasının bir diğer sonucu ödenen bedelin ağırlığıyla ilgilidir. Bu sadece insani bedel olarak kalmamaktadır, bu durumun ekonomik yönü de bulunmaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu ve iç hukukunda etkili olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılamaları sonucunda ödenen tazminatların nedenlerinin Türk Yargısının eksik, yetersiz ve adil yargılanma hakkına uymayan hukuk üretiminden kaynaklandığı tescillenmiş durumdadır. İnsan hakları sorunlarından, adil yargılanma hakkı ve makul süreye aykırılıklara değin bir çok hukuk argümanı yargılamalar sonucunda verilen tazminatların gerekçelerini oluşturmaktadır.⁽⁹²⁾ Hukukun evrensel ve çağdaş ilke ve uygulamalarından uzaklaşmanın, özellikle hukuku ve adaleti yerel uygulama sanmanın bedeli gereksiz bir çok tazminata katlanmak zorunda kalmak olmaktadır. Sorun bununla bitmemektedir; ödenen tazminatları sona erdirmek ve Avrupa Yargısı ile hukuksal uyum amacıyla, temel

haklar ve özgürlükler konusunda Yargıtay'ın verdiği kararların Anayasa Mahkemesinde yeniden yargılama konusu yapılması istenmektedir. Bunun için yeni bir yargısal örgütlenme istemleri ve planları yapılmaktadır. Burada işin ironik yanı, ödenen tazminatların dayanağı olan hukuksal gerekçelerin haklı ve makul olduğunun çoğunlukla hukukçularca paylaşıyor olmasıdır. Ancak böylesi bir uygulamanın, bakışın ve düşünüşün neredeyse bütün hukukçularda yerleşmemiş olması derin bir konformitenin işaretlerini vermektedir. Türkiye halkının tazminat gerekçelerinde yer alan haklara ve hukuk ilkelerine layık olmadığını hiç kimsenin düşünmeyeceğini varsayarak, yargı düzeninin bu güncel hukuksal değerleri iskalamasının altında hukukçuluktan çok, mevzuat teknisyenliği eğiliminin daha güçlü olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yargıç hukuktan ve adaletten kaçış mekanizması olarak hiçleşme kaderiyle yüzleşmek zorunda kalmaktadır.

Hiçleşme olgusu yargı mekanizmasında genellikle sürengenlik gösterir. Türkiye'de iş yükü olgusuyla yüzleşmek de bir hiçleşme sorunudur. Avrupa ülkelerinde ortalama yıllık en fazla 200-300 adet davaya bakan bir yargıç için yargılamak üstün ve saygın bir etkinliktir. Türkiye'de ise, özellikle büyük il merkezlerinde ortalama 2000-2500 davaya bakan bir yargıç ya da savcı için en önemli mesleki etkinlik günü kurtarmaktır. Yargıtay, özellikle Ceza Daireleri ile kısmen Hukuk Dairelerinin durumu da aşağı yukarı benzer durumdadır.⁽⁹³⁾ İş yükü olgusunun Türk

(89) Komikleştirilmiş örnek öykü olarak bkz. Muzaffer İzgü, *Dayak Birincisi*, Bilgi, 12. Baskı, İstanbul 2004.

(90) 18.11.1992 tarihinde 3842 sayılı yasa ile yapılan ünlü C.M.U.K. değişiklikleri, açıkça bu durumu engellemek amacıyla yapılmıştır.

(91) Bu uygulamaya 28.07.1999 tarihinde kabul edilen 4421 sayılı yasa ile son verilmiştir.

(92) "Adalet Bakanı Cemil Çiçek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (AİHM) açılan davalarda 'ihlal' veya 'dostane çözüm' kararları sonucunda Türkiye'nin 24 milyon 996 bin 44 euro'ya (yaklaşık 45 trilyon lira) mahkum olduğunu açıkladı."; AİHM Faturası, Radikal, 29.07.2004, s.6.

(93) 26.09.2004 kabul tarihli 5235 sayılı yasa ile kurulan Bölge Adliye Mahkemelerinin bir amacı da Yargıtay'daki iş yükünün azaltılması ile Yüksek Mahkemenin gerçek içtihat mahkemesi olarak çalışmasını sağlanmasıdır.

Yargısındaki durumu, vahim boyuttadır.⁽⁹⁴⁾ İş yükünün insanüstü ve denetlememez boyutlarda yargı elemanlarına yüklenmesi, bu konuda makul standartlara ulaşamaması, iş yükünün denetim ve paylaşım altına alınmaması, yargıcı adeta bir karar otomatına dönüştürmektedir. Olağanüstü iş yükü altında yapılan yargılamalarda, zaman sorunlarına indirgenen duruşmalar, hak tartışmalarının yapılmasını olanaksızlaştırmaktadır. Böylece duruşma süresi kısaltmakta ancak doğal olarak yargılama toplam süresi uzamaktadır, adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul süreler esaslı davalarda büyük oranda aşılmaktadır. Buna rağmen Adalet Bakanlığı örgütlenmesi diğer bürokratik kurumlar gibi Türkiye’de hizmet ve organizasyon üretmek yerine hiyerarşik iktidar alanları oluşturmaktadır. Tıkanan adalet hizmet birimlerinin kamu hizmetinin gereğine göre zaman içinde yeniden düzenlenmemesi nedeniyle sorunların nasıl kangrene dönüşebileceğinin sayısız örnekleri vardır. İş yükünün, olağanüstü sınırları dahi aşan yığılmalarını görmezden gelen bir adalet örgütlenmesi, en azından kurumun rasyonel çalışmasına hizmet etmediği için hiçlikle eşdeğerdir ve ancak kendini kandırarak kadar kamu hizmeti üretebilecek güçtedir. Türkiye’de yeterli sayıda suçla ve haksızlıkla mücadele yolları ve usulleri vardır, ancak iş yükü altında memurlaşan yargıç ve savcılar nedeniyle en yassamsal sorunlar ve suçlar yargı önüne taşınmamaktadır. Yargıç ise, bu ağır iş yükü altında hayattan kopararak, sosyalliğini sürekli erteleyerek hak sujesi olmaktan uzaklaşmakta ve hakkın

özündeki zamansallığın sürekli gerisinde kalmaktadır. Yaşayan hukuk algılamasının yargı elemanlarında yer etmesinin bir nedeni de bu olmaktadır. Böylece sıradanlaşan yargıç için yargı iktidarını kullanmak bireyler ve toplum için gerçek bir değer ve özellikle güvence ifade etmemektedir. Bu kadar çalışmanın ve gayretin bedelinin güven-sizlik ve kuşku olması trajiktir.

5 – Hukuk Devletin İçeriksizleşmesi

Demokratik bir cumhuriyette kurumsallaşmış siyasal iktidar yapısının hukuk devleti olması doğal bir zorunluluk olarak görünmektedir. Bu devlet onu kuran halkla bütünleşmiş ve özdeşleşmiş durumdadır. Bu nedenle kurucu iktidar halk olunca, hukuk egemen olur; bunun anlamı halkı oluşturan bireylerin eşitlik ilişkilerinin ancak hukuk yoluyla kurulabileceğine olan inançtır. Bu çerçevede insan haklarını ve sosyal devleti düşünmek ve uygulamak kamu düzenine belirli bir içerik ve anlam kazandırmaktadır. Bu saptamalara hukukun üstünlüğünü eklediğimizde toplumsal düzenin genel yapısı ortaya çıkmış olmaktadır. Bu kurguya “adalet devletin temelidir” ilkesini katığımızda ise, devlet ile adaletin özdeşleştiği bir yapıya ulaşılmış olmaktadır. Ancak gerçeklik duygusu ve istenci her şekil ve şartta aranması ve bilinmesi gereken sorular sormamıza yol açmaktadır. Görüntülerin veya olanların saklı ya da sahici olup olmadıkları, çoğu zaman belirsiz, gizli ya da bir sis perdesi arkasında kendini göstermektedir. Bu nedenle insan doğasında, gerçeği açıkça görmek yerine, istediği veya koşul-

(94) İstanbul Tüketici Mahkemesinde 2005 tarihine duruşma günü verilmesi ve 15 milyon nüfuslu şehrin ihtiyacı için 2 hakimli bir mahkemenin yetersizliği konusunda bkz., Adnan Ekinci, Avukat Hülya Suruyor, Radikal, 02.04.2004, s.4; Güntürüzdeki yargıç ve savcı sayısının ve kadrosunun genel olarak cumhuriyetin ilk yıllarındaki kadro sayısı ile aynı olduğu sıkça ifade edilmektedir.

landığı yapı, bulgu, duygu ve düşünce-leri görme eğilimi vardır. Bu bilinçsizliği ve körlüğü aşmak için yalanla gerçeği, görünenle sahiciyi, olguyla olayı, istenenle varolanı, bilgiyle inancı birbirinden ayırmamız gerekmektedir. Ancak yine de bu uğraşımızda muğlaklık, karmaşıklık ve kişisel arzu ve çekincelerin yolumuzda engeller oluşturduğunu bir kaygı olarak dile getirmek gerekmektedir.

Burada hukuk devletin önemli değerlerinden biri olan hukuk güvenliği üzerinde durmak zorunlu görünmektedir. Bir çok hukuk ilkesinin çoğu durumda hukuk güvenliğini sağlamaya dönük işlev gördüğü bilinmektedir. Suçta ve cezada yasallık ilkesinden, yasa önünde eşitliğe değin bir çok hukuk ilkesinin hukuk güvenliğini sağlamaya dönük buyruklar ve kurallar koyduğu ve bunları koruduğu belirli bir amaçsallık içinde değerlendirilebilir. Burada hakkaniyete vurgu yapılarak adaletle dönük yassamsal bir beklentinin öne çıktığı ifade edilmektedir. Bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin önemi tartışılmazdır, ancak bu unsuru amaca uygun bir bütünlük içinde düşünmek ve uygulamak gerekmektedir. Hukuk güvenliğinin araçları hukuk devletin ilkelere ve unsurlarını da belirlemektedir. Bu bağlamda hukuk devletin önemli unsurlarından biri kuvvetler ayrılığı ilkesidir.⁽⁹⁵⁾ Devlet iktidarının üçlü ayrıma bağlı tutularak sınırlandırılması ile yasama, yürütme ve yargı iktidarlının karşılıklı denge içinde ve işbirliği-

ne açık kamusal mekanizmalar kurmak yoluyla insan haklarının korunması ve baskıya karşı direnme yollarının açılması amaçlanmaktadır. Burada, sav ile gerçeklik arasında bir uçurumun olması her zaman mümkündür. Bunun için kamusal dengelerin her zaman işler olması yanında, işlevsel olmaları da gerekmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin amaçsallığından hareket ederek yargı iktidarının, son yüzyılda hukuk devleti ve anayasal devlet içinde biçimlenerek temel güvencelerden biri haline geldiğini söylemek gerekir. Ancak yargı iktidarı, özerkliğini, özgürlüğünü ve özgünlüğünü henüz tam anlamıyla kurabilmiş değildir. Özellikle yürütmenin kapsayıcı ve hegemonik etkinliğine karşı yargı mekanizması yalıtılmış değildir.⁽⁹⁶⁾ Yasallık ilkesinin de artık amaçsalıktan uzaklaştığı ve yasa oluşturmada çoğunluğun ya da parlamentonun oyun alanı haline geldiği bilinmektedir. Bu nedenle yönetimin ve toplum düzeninin anayasal sınırlarla saptanması ve denetlenmesi ile “anayasal denetim” yolları açılmıştır. Bu güncel güvensizliklerin içinden bir güven yapısı çıkarmak veya oluşturmak hukuk devletin en önemli amaçlarından biridir. Hukuk devletinde yargı iktidarının işlevselliği bu noktada kendini göstermektedir. Her hak tartışmasının sonunda mahkemeler önüne taşınarak, mahkeme kararı ile meşrulaştırılması ve yaptırıma dönüşmesi sağlanmaktadır. Bu argüman, her yurttaşının sonunda bir mahkeme kapısının beklediği

(95) Geniş bilgi için bkz., Kutlu, Kuvvetler Ayrılığı.

(96) “Hukuk devleti ilkesi ile yönetilen demokratik bir toplumun temeli bağımsız yargıdır. Demokratik toplumun temelini oluşturan yargı bağımsızlığı, yargı görevinin yerine getirilmesinde hem yasamanın hem de yürütmenin yargıya müdahale etmemesini içerir. Bu bağımsızlık; hakimlerin, kaprisleri ve devlet organları da dahil olmak üzere başkalarının arzularını dikkate almayarak, hukuka göre karar vermelerini garanti edecek kurumların oluşturulmasını gerektirir. Siyasal erkin etkisine maruz kalmış bir yargı; objektifliğini, saygınlığını ve insan hakları ve temel özgürlükleri etkin bir şekilde koruyabilme kapasitesini kaybeder.” Bjornberg, Richmond, s.37.

güvencesi ve inancı içinde tutarak hukuk güvenliğine sonuçta toplumsal barışa hizmet etmektedir.⁽⁹⁷⁾ Yargının gerçek iktidar olmaktan uzaklaştığı ve içeriksizleştiği durumlarda, hukuk devleti de içeriğini kaybederek çoğul bireysel, kamusal güçlerin ve istemlerin yok olmasına varan değişim ve dönüşümlere uğramaktadır. Böylece hukuk düzeninin, insan haklarının, adaletin, çoğulcu toplumsal düzenin çeşitli tehlikelere karşı savunmasız bırakılması ile hukuk güvenliğinin ortadan kaldırılmasına varan sonuçlarla yüzleşmesi kaçınılmaz olmaktadır. Burada artık yönetimin yasallığının güvence olmaktan çıktığının ifade edilmesi gerekmektedir.⁽⁹⁸⁾ Yasa devleti ile hukuk devleti arasındaki keskin ayrımın dile geldiği yer burası olmaktadır.

Siyasal iktidar ya da devletin işleyişi başlı başına sorunlara yol açmaktadır. Hukuk devletinde devlet organizmasına egemen olan güçlerin sıkı bir amaçsalılık içinde hareket etmelerinin sağlanması zorunludur. Siyasal tarih bu konuda oldukça zengin örnekler sunmaktadır. Bu nedenle kamu görevinin gerçekliği ve amaçsalılığı her zaman sorgulanması gereken içeriktedir. Siyasal parti olgusu ile demokratik mekanizma iktidar kullanımının yürütme çıkarına merkezileşmesine neden olmaktadır. Seçimlerin verdiği siyasal yetki sonucu siyasal partiler, kamusal yetkiye sahip olmakla sonuçlanan iktidar odaklaşmalarına yol açmaktadırlar. Parlamentoda çoğunluğu ele geçiren siyasal parti yürütmeden başlayarak,

doğrudan yasamaya ve yasamanın gündemine egemen olmaktadır. Yargının iktidar olarak varlığı, bu durumda, yürütmenin bir bakanlığı altında yürütmeye adeta bağlanmaktadır. Sonuçta siyasal parti ileri gelenleri yasama, yürütme ve yargıya egemen olarak kuvvetler birliğine varan iktidar merkezileşmesine ulaşmaktadırlar.⁽⁹⁹⁾ Böylece kamu düzeni hakların veya hukukun değil, siyasetin güdümüne sokularak yurttaş bireyinin haklarını ve farklı duruşunu özgürce yerine getirmesi engellenmektedir. Bu iktidar merkezileşmesi altında otorite ve otoriteyle her türlü uyum önemli hale gelmektedir. Böylece bu yapılanma özgürlüğün, eşitliğin ve güvenliğin varolamayacağı toplumsal zemine kayarak kamu düzeninin tüm yurttaşlar için konfor olmasına yol açmaktadır. Yargıç ise, bir tür kuşatılmışlık altında egemen siyasal ve sosyal zemine daha çabuk ve kolay uymaktadır; yakından görüldüğü ve yaşandığı gibi bu durumda uymacılığın sosyal bedelinin ne olacağını ve nelerle varacağını kestirmek oldukça güç ve acı verici olmaktadır.

Burada artık birbirini izleyen otoriter reflekslerin ve geçişlerin sergilendiği kamu düzeninin ortaya çıktığından söz edilebilir. Kendini feda etme kültüründen, hamaset söylemlerine ve düşman algılamasına varan aşırı kuşkucu ve güvensiz algılama biçimleri ile gelişen bireysel-toplumsal şekillenme daha başında birey haklarının önündeki en önemli engellerden birini oluşturmaktadır.⁽¹⁰⁰⁾ Yargıç ise, kişisel gelişim ola-

rak, bu refleks ve geçişlerin bekçiliğine veya uygulamasına başından hazırdır. Hatta daha ileri giderek varlık nedeni ve ereğinin bu olduğunu sandığı ve bu otoriter mantık ile uyumlu halde bulunduğu, bir aidiyet ilişkisi ile dışındalık eğilimi geliştirdiği dahi ileri sürülebilir. Buna birde yargıç alımlarında genel olarak uygulanan veya uygulanmış egemen siyasal görüş etkileri ve siyasal kayırmaları ekleyince ortaya tamamen koşullanmış bir yargıç tipi ve kişiliği çıkmaktadır. Bununla belirli bir grup, görüş ya da siyasal katmanın hukuk yaşamına, daha ileri giderek hukuk düzeni aracılığıyla kamu düzenine egemen olması hedeflenmektedir. Adalete ulaşmada çoğulluğun ve dinamizmin yok edildiği bu aşamada artık haklardan doğması gereği söz etmek mümkün olmaktadır.⁽¹⁰¹⁾ Hakların bu şekilde güdüm altına alınmasıyla büyük bir araçlaşma içinde birey kendi özünden ve niteliğinden hızla uzaklaşarak mantık ve beden olarak her türlü çatışmanın tarafı veya neferi olmaktadır. Bu yapının ve mantığın sonucu olarak uymacılıkla normalleşen sosyal düzen, insan haklarına geçit vermeyerek daha baştan kamu düzeninin oluşumunu otoriter kılmaktadır.

Bu yapının izdüşümü olarak yargı düzeni de çeşitli denetim mekanizmalarına sıkı bağlılık içinde işletilmektedir. Bu durum, terfi sistemi içinde mesleki belirlemelerle yerine getirilmektedir, sistem yasal ve yasayı izleyen ilke ka-

rarları ile saptanmıştır. Terfi sisteminin başlıca unsurlarından olan sıkı denetimin yol açtığı sorunlar nedeniyle yargıç ve savcılarının görevlerinin gereğinden çok, kişisel yükselme kaygılarıyla gerçeklik dışı sahte liyakat belirlemeleri olmaktadır. Bu nedenle yapılan veya yaptırılan gereksiz danışıklı temyizlerle terfi mekanizmasının başlıca belirleyicilerinden olan Yargıtay'ın bakacağı işler yakınma derecesine varacak ölçüde artmaktadır.⁽¹⁰²⁾ Adalet bakanına bağlı olarak çalışan adalet müfettişlerinin olağana bağlanmış teftiş etkinliği de terfi sisteminin başlıca belirleyici unsuru olmaktadır. Bu nedenle müfettiş denetiminin meslektaşlar tarafından algılanması ve bu algılamaya dayalı olarak abartılı çekincelerle yaşanması yargıç ve savcı kişiliğiyle tamamen çelişecek saptamaların oluşmasına yol açmaktadır.⁽¹⁰³⁾ Kişisel ve mesleki yeterlilik ölçütlerinin bu denli çarpıtılması ile adaletin kalitesinin yüksek seviyede olması asla sağlanamamaktadır.⁽¹⁰⁴⁾ Oysa terfi dönemlerinde açıklanan terfi listelerinin incelenmesinde mümtaz ve tercihli terfi olarak en üst nitelikli terfiye layık görülen yargıç ve savcılarının sayısı oldukça fazla oldukları görülmektedir. Ancak ironik bir şekilde hukuk düzeninin gerçekliği ile yargıç ve savcılarının liyakat dereceleri arasında çelişkiler bulunmaktadır. Anlaşıldığı kadar genel olarak yargıç ve savcılar otoriter anlayışı kişisel yararlarına dönüştürmüş durumdadırlar. Burada trajik olan, hukuk

(97) Karşılaştırınız, Kafka'nın ünlü "Hukuk Önünde" öyküsünün ana teması ve diğer olgular hakkında bkz., Bakır Çağlar, *Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği*, HFSA, Alkım, Haz. H. Ökçesiz, 3. Kitap, İstanbul, Mayıs 1996, s.165 vd..

(98) Mehmet Ali Kılıçbay, *Yasaların Varlığı Demokrasinin Varlığı İçin Yeterli Mi?*, Radikal, 10.01.1997, s.9; Mümtaz Soysal, *Yasamada Çürüklük*, Cumhuriyet, 04.05.2002, s.2.

(99) Yürütme iktidarının monarşik hale gelmesi hakkında bkz., Mehmet Ali Ağaoğulları, *Ulusun Egemenliğinden Temsilcilerin Egemenliğine*, Radikal İki, 25.04.2004, Sayı:394, s.8.

(100) Sancar, s.66 vd..

(101) Ceylan, s.114 vd..

(102) Bu durumu tersine çevirecek bir yasa tasarısı hazırlanarak kamuoyuna ve meslektaşlara duyurulmuştur. Bu tasarı halen yasalaşmayı beklemektedir.

(103) Bkz, Aşçıoğlu, *Yargıç Kimliği* Yazışması, s.118 vd..

(104) "Tavsiye Kararı, tüm üye devletleri, hâkimlerin etkinliklerini ve bağımsızlıklarını kuvvetlendirmeye, işlevlerini ilerletmeye yönelik olabilecek gerekli bütün tedbirleri kabul etmeye ve bu tedbirleri güçlendirmeye davet etmiştir. Tavsiye Kararı, üye devletler tarafından kabul edilmesi gereken altı prensibi içerir. Bu prensipler; hâkimlerin bağımsızlığı, yetkinliği, uygun çalışma koşulları, birlik oluşturma hakları, yargısal sorumluluklarını, disiplin suçları ve sorumluluklarını yerine getirememelerinin sonuçları ile ilgilidir." Bjornberg, Richmond, s.38.

düzeninin ve mikro düzeyde yerel adliye düzenlerinin bulundukları yerlerdeki gerçek etkinlikleri ile toplumsal veya yerel barışa ve huzura katkılarının hiçbir zaman sorgulanıyor olmamasıdır. Böylece hakların yaptırımsız kalması nedeniyle güçlenen çarpık iktidar odaklarının kamu yaşamını ve düzenini istedikleri gibi doldurmaları önlenememektedir. Hukuk devletinde bu şekilde gerçekleşen yargı açığı ile sivil idarenin zaafı ve iyi yönetememesi her türlü militarizmi, haksız çıkarı, güncel ve olası kılmaktadır.⁽¹⁰⁵⁾

Bir aşama daha ileri giderek totaliter geçişlere varan olgular üzerinde durmak gerekmektedir. Özellikle şiddet veya güç kullanarak ele geçirilen ya da sonradan despotik hale gelen siyasal iktidarların, her şekilde yargı mekanizmasını amaçları doğrultusunda kullanmaları ile yargıçlar, baskıcı iktidar odakları tarafından oluşturulan siyasal ve sosyal düzenin bekçisi haline getirilerek zorbalığın aracına dönüştürülmektedirler. Çoğu durumda yargıcın kendisi de kurumsal totaliterlikten önce veya sonra bireysel olarak militanlaşmış ya da her türlü uymacılığın etkisiyle bu düzene açıkça uyum göstermiş olmaktadır. Siyasal düzen bu halde mutlaka önemli konumlara doğru kişileri getirerek resmi totaliterliğinin geleceğini garanti altına almaktadır.⁽¹⁰⁶⁾ Tüm totaliter siyasal yapılarda yargının görünümü bu şekildedir.⁽¹⁰⁷⁾ Bu durumda egemenliğin ve siyasal iktidarın neredeyse tamamı gerçekte bir kişinin, grubun veya bir partinin elinde bulunmaktadır. Yargının, yurttaş bireyi için hak arama, adalet, savunma ve direnme hakkının kullanılmasının aracı olmak-

tan çıkarak salt devlet iktidarının bir görünümü halini alması ve resmi saldırganlığın aracı haline getirilmesi totaliter siyasal yapıların belirleyici özelliklerinden biridir. Böylece hukuk düzeni, aslında, hak aramaya ya da hakların korunmasına çevrilmiş kamu süreci olmaktan çıkarak, egemen gücü elinde bulunduranların egemenliklerini pekiştirmeleri ve sürdürmeleri için despotik bir saldırganlığın aracına dönüşmektedir. Bu durumda totaliter yapının nihai hedefi hukuk düzenini ele geçirmektir ve bu yolla baskı ve zorbalığın süreçsel akışı ile toplumsal ve kişisel mantığın uyumunu sağlamaya dönük propaganda mekanizması dayatıcı ve korkutucu özelliğiyle herkesi kuşatmaktadır. Artık yargıcın, iktidar sahiplerinin bazen yasa, bazen de kararname biçimini alan arzularını ya da ideolojilerini söyleyen birer ağızdan farkı kalmamaktadır. Almanya'da Nazi İktidarının totaliter uygulamalarının sistematik hale gelmesi ve hukuk düzeninin de biçim değiştirerek totaliter kimliğe bürünmesi bu durumun çarpıcı örneğini oluşturmaktadır. Artık ortada özgürlük yoktur; güvenlik, sadece yandaşlar için vardır, aslında güvenlik herkes için korku içinde beklemektir; eşitlik ise seçimle gelen krallar için sadece bir propagandadan ibarettir. Böylece yargının ve yargıcın kurulu gücün aracı, hatta daha ileri giderek kurulu siyasal iktidarın saldırganlığının memuru olarak işlev gösterdiği görülmektedir. Biçimi cumhuriyet olan bir çok ülkenin içinde bulunduğu durum bununla benzerlik göstermektedir. Bu ülkelerde yapılan seçimler daha baştan çarpıtılarak, kurulu egemen iktidarın gövde gösterisine dönüştürül-

mektedir. Bu atmosferde hakların veya hukuk devletin kurulması ya da yaşatılması olanaksız hale gelmektedir. Bu siyasal düzlemde yargıcın yaptığı biricik görev diktatörünün iktidarını ya da sultasını sağlamaktır. Artık yok edilen bireysellik insan olmanın sınırlarında gezinen bir toplum için korku ve güvensizlik olağan bir uymacılığa yol açarak bireyin hiçleşmesine varan toplumsal sonuçlara ulaşmaktadır. Bu kısır döngüyü çoğu durumda savaş ya da karşı devrim sona erdirmektedir. Bu denli hukuksuzluğun bedeli herkes için soygun, gözyaşı, acı ve kan olmaktadır. Genel olarak iktidardan uzaklaştırılan hemen her diktatörün muazzam servetlerinin altında bu olguların bulunduğu bilinmektedir.

Burada üzerinde durulacak son konu, çoğunluk veya azınlığın kılğısal egemenliğinin baskıcı, tüketici ve dayatmacı hale gelmesinin sorgulanmasıdır. Bu durumun tersi olarak bir hukuk devletinde her türlü azınlığın veya çoğunluğun tahakküm altında tutulması ile, hak arama yollarının kapatılması ve güçlü zorlayıcı siyasal merkeziliğin halkı aynılaştırması insanın, bireyin ve yurttaşın yadsınmasına yol açmaktadır. Demokratik bir cumhuriyette kamusal olarak yurttaş bireyine dönüşen insan için eşitlik ilişkileri bir özerklik, dokunulmazlık zırhına da yol açmaktadır. Ancak her toplumda ve sosyal kurumların özünde oligarşik eğilimler vardır. Elitizm, teknokrasi, bürokrasi gibi bir çok etken sosyal mekanizmalarda irade ve otorite yığılmasına yol açmaktadır. Belirli kamusal uzmanlık alanları kapalı yapılarıyla anlaşılabilir ve karmaşık statüler ve mekanizmalar oluşturarak yurttaş bireyinin toplumsal varlığını ve

bağlarını zayıflatmaktadır. Sonuçta halkın egemenliğinden temsilcilerin egemenliğine varan geçişler yaşanmaktadır.⁽¹⁰⁸⁾ Yargı iktidarı için de bu durumlarla yüzleşmek yaşamsal önemde sonuç ve bulgulara yol açmaktadır.

Yargı iktidarının hiyerarşik ilişkilerle sıkı denetime dayanan yargı bürokrasisi halini alarak yargıç ve savcının otorite altına alınması ve egemen sosyal düzenin isteklerine açık hale getirilmesi yargı iktidarının meşruiyetinde sorunlara yol açmaktadır. Yargıç ve savcılarının sistematik konformitelerinin günlük düzeyine göre bağımsız ve güvenceli halde bulunan yargı mekanizması bile araçlaşılabilmektedir. Yargısal bağımsızlık ve güvenceler ancak hukukun ve adaletin üstünlüğünü yaşamsallaştırmak için gerekli argümanlardır. Bunun yanında toplumun ve bireylerin kamu gücüne karşı korunmaları, kamu gücünün de her türlü çıkar ve baskı çevrelerine karşı korunması, hakların güncel yaşamsal dayanaklar olması ve bireysel özgürlüklerin gerçekliği için özerk bir kamu alanının varlığı kaçınılmaz görünmektedir. Burada saf bir iyiliğin ve yansız ya da tarafsız, kamusal zeminin oluşması veya oluşturulması gerekmektedir. Bu noktada yargı için üstün bir amaçsallık onun tam da özüne yerleşmektedir. Bu amaçsallık gerçeklik boyutunda olsa bile, bunun içinin kamu yararına uygun olarak doldurulması sadece yargı iktidarını kullananların kararlılığına bağlı olmaktadır. Bir hukuk devletinde yargı iktidarının meşruluk dayanakları ile hukuk güvenliğinin gerçekliği ancak bu gibi eleştirel bakışlarla görülebilir veya saptanabilir.

Bu saptamalardan yola çıkarak yargıçlar hükümeti olgusunun değerlendiril-

(105) Othmani, s.50.

(106) Rottleuthner, s.58.

(107) Karş., Rottleuthner, s.59; Oruka, s.137 vd.; Othmani, s.49.

(108) Ağaoğulları, s.8.

rilmesi anlamlı hale gelmektedir. Yürütme iktidarı ile yargı iktidarının çatışmasının tipik suçlayıcı niteliğinden kendini "yargıçlar hükümeti" temasında göstermektedir. Ancak yargıçlar hükümetinden çok, yargıçlar oligarşisi tipine bürünen siyasal mekanizmadan söz etmek şüpheli görünmektedir. Burada iki olgu birbirine karışmaktadır: Bir hukuk devletinde hukukun ne olduğunu söylemek ile bu hukukun üstünlüğünün tüm kamu otoriteleri ile bireyleri bağlaması farklı anlam dağarcığını betimlemektedir. Hukuku belirlemek, kamu düzeninde yalnızca mahkemenin ya da yargıcın işidir, belirlenen bu hukukun bağlayıcı ve üstün olması ise, yurttaş bireyinin hukuk güvenliğinin ve hakkaniyetin gereği olmaktadır. Bu durumun meşrulaştırıcı karakteri eşitlik ilişkilerinden gelmektedir. Eşitlik ilişkilerinde eşitler birbirlerine ancak hukukla egemen olabilirler ve bu hukukun tek amacı vardır, o da adaletin sağlanmasıdır. Adalet ise, her zaman belirli ve mutlak anlamlar ifade etmeyebilir, hatta adaletin belirsizliğinden veya postulat olmasından söz edilebilir, ancak adaletsizlik daha yoğun hissedilen ve bilinen bir durumu tanımlamaktadır.⁽¹⁰⁹⁾ Burada sorgulanması gereken ikinci olgu, eşitlik ilişkilerinin gerçeklik olup olmadığıdır. Yaşa önünde ya da hukuk önünde eşitlik gerçekten mümkün müdür? Hukuk düzeninin ve yargıcın işlevi bu noktada meşruluk gerilimi yaşamaktadır.⁽¹¹⁰⁾ Savunma hakkının koşulsuzluğu ile yargı düzenine ulaşmada ve yargılamada siyahlının eşitliğinin gerçekliği hakların belirlenmesinde görece bir hukuk güvenliği sağlamaktadır. Yargıç için ise, aşağıdan yukarıya tırmanan haklar pira-

midir algılaması ve tartışmasının süreçsel adalete ne kadar yansıdığı önemli olmaktadır ve bu noktada yargıcın konformitesinin yoğunluğu, demokratik sosyal hukuk devleti olarak bir cumhuriyetin kamu düzeninin sahiciliğinin ne kadar olduğunu göstermektedir.

Sonuç

Yargıcın başlıca sorunlarından biri, uymacılığın yozlaştırıcı etkilerinden korunması ve kurtulmasıdır. Konformizmin yozlaştırıcı etkisi bilinmeden ve saptanmadan hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının, sonuçta adaletin bulunması ve anlaşılması olası değildir. Uymacılığın yol açtığı tahribatın, verili bir içsellikle desteklenen tutum ve kamusal yetkinlikle yargıç üzerinde egemen olması kurumsal olarak önlenmelidir. Çünkü tüm haksızlıklar, baskılar, tahakküm, çarpık otorite ve hukuk dışılık bu kapıdan girerek kamu düzenini ele geçirmektedir. Bu nedenle yargıçlar, savcılar ve avukatların, yargı düzeninin konforme olmasının bozucu ve sıradanlaştırıcı etkisinden uzak durmaları ve kendilerini korumaları gerekmektedir. Yargıda insan unsuruna önem verilmesi zorunludur, ancak bu şekilde adil ve doğru yargılamanın önü açılabilir, bu zorunluluğun altında toplumsal barışa ve huzura dönük bir anlayış olmalıdır. Adil ve doğru yargılama ve yargılanmanın bir yurttaş için ne anlama geldiğini bütün hukukçular çok iyi bilmek ve görmek zorundadırlar. Adalet değerlerinin varlığını gerçek kılmak için saf ya da nötr bir kamu alanı ile kişisel ve düşünsel iyiniyet, sağlam bir hak bilinci ve cesareti zorunlu görünmektedir.

Kamu düzeninin genel konformitesi, yargı düzenini de sarmal bir ilişkiye sokmaktadır. Konforme olmuş bir toplumun çift kişilikli bireylerden oluşması kaçınılmazdır. Yargıç kimliğinin konforme olması, yurttaş için, güvenlik, özgürlükten, eşitlikten ve dayanışmadan mahrum olmak demektir. Konformizmin etkisindeki toplumsal süreç, tahakküm ve kanıksamayla varılan kısır döngü içinde kendini yeniden üretmektedir: Çünkü toplumsal yaşam konformizmin güdümüne girmiş durumdadır. Bu durum toplumsalın daha kötü yaşandığı, sosyal ve bireysel mutluluğun atlandığı bir hayata mahkum olmayı doğurmaktadır. Bireylerin haksızlığa karşı hoşgörü göstermelerini beklemek insan doğasına aykırıdır, ancak bireylerin haksız sosyal düzenden çıkar sağlamalarına gösterilen hoşgörü çarpık bir zihniyetin bireyler üzerinde egemenlik kurduğu anlamına gelmektedir. Yargıcın yalnızlığının trajik noktası bu evrede kendini göstermektedir. Yargıç, hakkın, doğruluğun ve adil olanın yılmaz bekçisi olmadıkça, toplumu haksızlıklara karşı savunmak olası görünmemektedir. Demokratik sosyal hukuk devleti olarak bir cumhuriyetin bundan başka amacı bulunmamaktadır.

Yargı dünyanın her yerinde az veya çok konforme edilmiş durumdadır. Bu olgu tüm insanlığın adalete ne denli uzak olduğu ile ilgilidir. İnsanın her türlü açlığı ve riyakarlığı sınır tanımaz şekilde yol almaktadır ve önüne gelen her olguyu, etkinliği, aç gözlülüğü ile konforme etmeye hazır beklemektedir. İnsanlık vicdani şimdilik sesini cılız bir şekilde yükseltse de, gelecekte bu sesin daha gür çıkacağı evreleri de beraberinde getirmektedir. Hukuk, insan hakları ve adalet bilincinin dünya ölçeğinde değerlendirilmesi, uluslararası mahkemelerin

gittikçe çoğalma ve etkinliklerini artırma eğilimleri, bu umudu canlı tutmanın gerekli ve zorunlu olduğunu hepimize söylemektedir. İnsan hakları anlayışının Dünyanın her yerinde etkisini az ya da çok gösterdiği açıkça görülmektedir.

Hukuk adamları konforme edilmele-ri konusunda her zaman tetikte durmak zorundadırlar. Bu duruş sadece yargıca özgülenen bir durum değildir. Sorumluluk ve ödev olarak yargıç, diğer meslektaşlarına göre daha ağır yükümlülük taşısa da, tüm hukukçuların, yurttaşların, insan haklarını ve adaleti istemele-ri ve bu istemi sürekli canlı tutmaları gerekmektedir. İnsan yeryüzüne sadece bir kez gelmektedir ve onurlu bir yaşam sürme hakkı ve isteği bulunmaktadır. Bu nedenle her hak yargıcın görev konusudur; her türlü hak ihlali ise, yargıcı göreve çağıran sorumluluğunu ona söyleyen bir haykırıdır. Yargıç, güçlünün buyruğunda değil, adaletin gösterdiği hakkın yanında yer almak zorundadır. Çünkü herkes ve her şey, her zaman mazluma ve mağdura dönüşme potansiyeline sahiptir. Bu evrede yargıç, adaletin gücü ve aracı olmaktan çıkmışsa, konformitenin tehlike çanları çalmaya başlamıştır, artık yargı düzeni ve yargıcın kendini sorgulaması gereken noktaya gelmiş demektir. Zira yeryüzünde adaletin kadersizliği her türlü çıkara kolayca feda edilmesi olmaktadır.

Yargıç, her türlü siyasal ve sosyal düzenin ya da insanlık ülküsünün yol açtığı kamu düzeninin yetkin bir aracı olup olmadığına kesin olarak karar vermek zorundadır. Tarih boyunca yargıçtan -yaptığının aksine- istenen ve beklenen insanlık ülküsünün ya da adaletin bekçisi olmasıdır. Eşitlik üzerinde biçimlenen devlet yapısında adalet yegane meşruiyet kaynağı olmaktadır. İnsanlar gerçekte sadece bir emre itaat et-

(109) Ioanna Kuçuradi, *Adalet Kavramı, Adalet Kavramı Kitabı içinde, Türk Felsefe Kurumu, Haz. A. Güriz, Ankara 1994, s.30-31.*

(110) Othmani, s.50 vd..

mek ve uyruk olmak istemektedirler: o da adaletin isteğine uymaktan başkası değildir; adalet hükmünün tüm kamu otoritelerinin işlevi olması gerekmektedir ve beklenmektedir. Mağduriyetin cılız sesi yerine hakkın güçlü sesi her dönemde yargıcın kişiliğinin ve bilincinin ayrılmaz parçası olmak zorundadır. Anlam yitimine uğramamak için yargıç, her türlü olumsuzluğa karşı benliğini, kişiliğini ve bilincini sağlam tutmak zorundadır. Bu duruşun anlamı, toplumsal yaşam için oldukça önemli bir kamu hizmetinin, yurttaşların temel güvencesi olduğunun kanıtı olarak kamu yaşamını doldurmasıdır. Küçülen dünyada haksızlık görüntüleri odalarımıza kadar ulaşmaktadır. Artık hiçbir insanlık dışı duruma seyirci kalmak istemiyoruz. Özellikle yargıç her türlü haksızlık karşısında sağlam durmak ve insan haklarını koruma altına almak zorundadır. Bu onun bilinci olduğu kadar işi, sorumluluğu ve ödevidir.

Gelecek için bir kehanette bulunmak gerekirse, siyasetin giderek genel olarak kamuyu temsil etmekten uzaklaştığı görülmektedir. Siyasal partilerin ve çeşitli toplum ya da görüş katmanlarının siyasete egemen olarak oligarşik bir dayatmayı siyaset olarak gündemde tuttukları bir gerçektir. Siyaset adamlarının da artık güvenilirliklerini, iyiniyetlerini ve etkinliklerini kaybettikleri görülmektedir. Siyasal ve sosyal olarak gelişmiş ülkelerde siyasal seçimlere katılım gittikçe azalmaktadır. Ülkelerin gelişmişlik düzeyine göre siyasal katılımın doğal olarak azaldığı, zamanla bu durumun azınlık katılımına doğru geliştiği görülmektedir. Bunun örnekleri artık sıkça karşımıza çıkmaktadır. Bu olgu karşısında, siyasal alanın değerini ve önemini yitirmekte olduğunu söyleyebiliriz. Öncelik-

le bu duruma neyin yol açtığını belirlemek memiz gerekmektedir. Toplumların ve devletlerin çatışmalarını çözdükleri veya düşük yoğunluklu yaşadıkları gelişmiş ülkelerde makro politikalar yerine mikro uygulamalar ve tedbirlerin daha fazla uygulanma eğilimine girdiği görülmektedir. Siyasetçinin ya da yurttaşın mikro politikalarının sonunda yargıç önünde tartışmaya açıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle artık siyasal olan hızla hukuksal olana doğru evrilmektedir. Özellikle yargı ve yargıç kurumlaşmasının etkinliğinin ve saygınlığının yüksek olduğu ülkelerde yurttaşın siyasal ve sosyal mekanizmaya karşı elindeki yargı gücünü harekete geçirme, somut olarak kullanma potansiyeli, tüm yurttaşları siyasetin çatışmalı alanından uzaklaştırma işlevi görmektedir. Söylenenin aksine, kimse haklarının verdiği saygınlıktan ve onurdan vazgeçmek eğiliminde değildir. Ancak siyasal mücadelenin çeşitli biçimlerde kirlendiği ve yeni tahakküm alanları oluşturduğu artık açıkça bilinmektedir. Böylece kamu düzeninde ve yaşamında yargıç, hak istemlerinin ya da çatışmalarının çözüme kavuşturulduğu ve demokratik bir katılım ve tartışmanın zorunlu olduğu mahkeme salonlarında adalet sujesi haline gelerek, siyasal olanı hukuksal olana dönüştürmektedir. Sonuçta elimize ne geçmektedir? Kişisel tarihimde öğrendiğim ve duyduğumda beni en çok etkileyen devlete ilişkin ilk söz şu olmuştur: "En iyi yönetim, en az yöneten yönetimdir". Tüm yazının varmak istediği sonuç şudur: Daha az yönetilmek, ancak daha çok gözetilmek, kısacası çocuk değil, adam yerine konmak. Hepimiz olanca çıplaklığı ile biliyoruz ki adalet yeryüzündeki herkesin hakkıdır. Bu bilinç insanlığımızın ve yaşamlarımızın en önemli dayanağıdır.

Hukuklaşamayan Bir Alan: Vergi Mevzuatı - Vergi Hukuku

Yusuf Karakoç^(*)

Değerli Meslektaşlarım,

Böyle bir sempozyumu düzenleyen, Türkiye'nin dört bir yanından yüze yakın akademisyeni bir araya getiren değerli dostum Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ'e ve İstanbul Barosu yönetimine teşekkür ediyorum.

Beş gün süren bir sempozyumun beşinci gününün son oturumunda konuşma yapmanın bir şans olduğunu sanmıyorum. Bu oturumdan sonra herhangi bir tören olmadığı için katılımın az olması doğaldır. Hele beş gündür iki ayrı salonda sunulan tebliğleri-tartışmaları izleyenler-katılanlar da şüphesiz yorulmuşlardır. Gerçi, -Salı ve Çarşamba günkü oturumlar tarafımdan bilinmemekle beraber- Perşembe-Cuma, hatta bugünkü oturumlarda tebliğ sunacak birçok öğretim üyesinin hem de İstanbul'dan, yani buradan gelip tebliğlerini sunmamış olmalarını ise, yadırgadığımı belirtmek isterim. Şüphesiz birkaçının meşrû mazereti olabilir; birçoğunun meşrû mazereti olduğunu da sanmıyorum.

Her neyse, hukukçuların ilgi alanı dışında kalan ya da hukukçuların dışlandığı ve belki bu nedenle de bir türlü hukuklaşamayan bir alandan söz etmek üzere huzurlarınızdayım. Amacım polemik yaratmak değil; konuyu bir hukuk felsefesi-sosyolojisi sempozyumundan başlayarak tartışmak, tartıştır-

maktır. Bu tartışmanın bu seviyede, kamuya açık olarak, bir tebliğ konusu yapılarak ilk defa burada yapılıyor olması anlamlıdır. Çünkü, sosyal düzen kurallarının hukuklaşma serüveninin arkasında felsefi ve sosyolojik bir temelin olması gerekir. Bu nedenle, böyle spekülasyona açık bir konunun bu sempozyumda dile getirilmesi, tartışılması önemlidir. Ancak, hukukçuların konuya olan ilgileri bu tartışmanın devamını ve/ya da yansımalarını belirleyecektir. Belki, burada dile getirilenler sessizlik duvarına çarpıp unutulacaktır. Bundan sonrası gelişmeler ne olursa olsun, bu tartışmanın başlatılması gerekiyordu ve burada başlatılması uygun olacaktı; ben de bu tartışmayı burada başlatıyorum.

Hukuk ve Hukuklaşma

Hukuk, sosyal düzeni sağlama aracıdır. Hukuk kuralları da bu nedenle sosyal düzen kurallarıdır. Hukukun, yapan sayısınca tanımı olduğu bilinmektedir. Hukukun, muhtemelen en yaygın ve anlaşılması en kolay olan tanımı, kişilerle kişiler, kişilerle devlet ve/ya da uluslar arası örgütler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve devlet destekli kurallar bütünüdür.

Hukukun birincil özelliği, düzen oluşturmaktır. Düzen, çerçevesi, başı-sonu belli olan, önceden bilinen, uyulan-uyulması gereken bir kurallar man-

(*) Prof. Dr., DEÜ. Hukuk Fakültesi Maliye ve Ekonomi Bölümü Öğretim Üyesi