

340. IFS 2005

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II" Sempozyum
(7-11 Eylül 2004, İstanbul) Bildiriler / 4

Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma
Ali Yağar Sarıbay

Kişiliğin Önkoşulu Olarak Kamu Alanını Yeniden Düşünmek
Mehmet Tufik Öcan

Türkiye'de Hukukun Sosyal Teorisi
Mustafa T. Yücel

Küreselleşme Süreci ve Birey Kavramı
Zeynep Ölem Üskü

Adalet Sistemindeki Sosyal
Cinsiyet Farklılıkları
Hatime Önal

Feminist Hukuk Görüşlerinin
Analizi
Murat Yüksel

Adil Yargılanma Hakkı Açısından
Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları
Haluk Konuralp

Oyun Teorisi – Hukuk Uygulaması ve
Adil Yargılanma Hakkı
Muhammet Özekes

Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Kimliği
Cetin Aşıcıoğlu

Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm
Mustafa Kulu

Hukuklaşmayan Bir Alan: Vergi Mevzuatı – Vergi Hukuku
Yusuf Karakoç

Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine (Felsefi ve Sosyolojik) Bir Eleştiri
Mustafa T. Yücel

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz*

340.1
IFS
2005
c 14



**İSTANBUL
BAROSU**

LAW120129

14

975-6689-88-9
756 689881

50141 07 0000

ANKARA Ü. İHUKUK FAKÜLTESİ
KÜTÜPHANESİ

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

14. KİTAP

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II"

Sempozyum

İstanbul Barosu - HFSA

(7-11 Eylül 2004, İstanbul)

Bildiriler / 1

Hazırlayan

Hayrettin Ökçesiz



340.1 HFS 2005



İstanbul Barosu Yayınları
İstanbul - 2005

ANKARA Ü. İHUKUK FAKÜLTESİ

No: ...120129.....

SUNUŞ

HFSA'nın bu dört kitabında (HFSA/11-14) İstanbul Barosu ile Birlikte İstanbul'da 7-11 Eylül 2004 tarihlerinde gerçekleştirdiğimiz "*Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – II*" sempozyumunun bildiri metinlerini sunuyoruz.

Hukukun gerçekliğine ve idesine disiplinlerarası bakışın ne denli ilgi çekici ve coşku verici olduğunu bu sempozyum vesilesi ile bir kez daha görüyoruz.

HFSA İstanbul Barosu ile birlikte giriştiği bu etkinliği gelecekte de sürdürmek istemektedir. Her iki yılda bir ve Adli Yıl Açılış Etkinliği olarak İstanbul Barosu'nun böyle bir sempozyumu gelenekselleştirmesi "*Hukuk*" için ayrıca bir değer ve derinlik taşıyacaktır.

Adalet Bakanlığı'nın beş gün süren bu sempozyuma ev sahipliği yapmış olması hukuka felsefi ve sosyolojik bakışın siyaset alanında kazanmaya başladığı öneme işaret etmektedir. Bir Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanının sempozyum açış konuşmasını kabul ederek hukuk felsefesini ve hukuk sosyolojisini bu derinlikte telaffuz etmesi Ülkemizde bu bilgi alanının hak ettiği saygınlığı kazanmaya başladığının bir göstergesidir. Bu ayrıca onun aynı zamanda toplumun haklı beklentilerine muhatap olacağının da bir önhabercisidir.

Bu noktaya gelmekte İstanbul Barosu'nun Başkanlarının ve Yönetim Kurulu üyelerinin, Yayın Kurulu üyelerinin engin görüşü ve samimi desteği belirleyici olmuştur. En önemlisi ama bu denli geniş bir yelpazede hukuk bilincini daha yükseltilere taşıyan meslektaşlarımızın özverili felsefi ve bilimsel gayretleridir.

Yüzün üzerinde bir yazar kadrosu ile ve gelecekte aramıza katılacak yeni kalemlemler ile de HFSA Hukuka bu bakışını yeni kitaplarında daima okuyucularının ilgisine sunacaktır. Bu nedenle ve daha iyiyi başarabilmek için her türlü görüş ve katkılarınızı bize bildirmenizi diliyoruz.

HFSA'ya tüm kalbi ile destek veren değerli hukukçu ve aydın kişi Kani Ekşioğlu'nu derin bir acı ile anıyor, hatırası önünde saygıyla eğiliyoruz.

Bu yeni dört kitabın hazırlanmasında burada bana yardımcı olan değerli mesai arkadaşlarım Çağlayan Kara'ya, Süal Köse'ye ve Mustafa Yalçınkaya'ya, dizgi ve düzen işlerini üstlenen Tuğba Çatak'a gönülden teşekkür ederim. İstanbul Barosu ve Ufuk Matbaası'ndan yayıma hazırlama ve basım aşamalarında emeği geçen diğer kardeşlerime aynı içtenlikle teşekkür ederim.

Hayrettin Ökçesiz

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

Hayrettin Ökçesiz

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kampus, Antalya

Telefon: (0242) 227 69 75 - 76

Faks: (0242) 227 69 77

E-posta: hayret@akdeniz.edu.tr

İsterne Adresi: İstanbul Barosu - İstiklal Caddesi, Orhan Adli Apaydın Sk. Baro Han

Tel: (0212) 251 63 25 Belgegeçer (Faks): (0212) 293 89 60

Web: www.istanbulbarosu.org.tr

e-mail: info@istanbulbarosu.org.tr

Kapak karikatürü: Honoré Daumier

Elektronik ortamda iletilen imla ve dizgi hataları yazarın/çevirmenin sorumluluğundadır.

Kapak, İç Tasarım ve Baskı: Ufuk Matbaası (0212) 544 92 30 - 31

İstanbul, Nisan 2005 ISBN 975-6689-88-9

İÇİNDEKİLER

• Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma-Ali Yaşar Sarıbay	5
• Kişiliğin Önkoşulu Olarak Kamu Alanını Yeniden Düşünmek-Mehmet Tefvik Özcan	15
• Türkiye’de Hukukun Sosyal Teorisi-Mustafa T. Yücel	26
• Küreselleşme Süreci ve Birey Kavramı-Zeynep Özlem Üskül	40
• Adalet Sistemindeki Sosyal Cinsiyet Farklılıkları-Halime Ünal	49
• Feminist Hukuk Görüşlerinin Analizi-Murat Yüksel	57
• Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları-Halûk Konuralp	65
• Oyun Teorisi – Hukuk Uygulaması ve Adil Yargılanma Hakkı-Muhammet Özekes	80
• Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Kimliği-Çetin Aşçıoğlu	88
• Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm-Mustafa Kutlu	93
• Hukuklaşmayan Bir Alan: Vergi Mevzuatı – Vergi Hukuku-Yusuf Karakoç	135
• Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine (Felsefi ve Sosyolojik) Bir Eleştiri-Mustafa T. Yücel	142

Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma

Ali Yaşar Sarıbay^(*)

I. Giriş: Sosyal Teori ve Hukuk

A. Genel Açıklamalar

Hukuk, gerek Hukuk Sosyolojisi, gerek Hukuk Felsefesi disiplinlerinde üzerinde anlaşma sağlanmış bir kavram değildir. O kadar ki, bugün sözkonusu disiplinlerde hukukun tanımını aramak, adeta “Nuhun gemisini aramak gibidir.” (Yücel, 2004 : 14). Bu sorunu gene de doğal karşılamak gerekir, çünkü herhangi bir kavramın bir teoriden bağımsız üzerinde hemfikir olabileceğimiz tanımını yapmak, imkansız olduğu kadar metodolojik olarak uygun da değildir.

Bu sebeple, hukuk ve politika arasındaki ilişkiyi ele alan bu yazıda, hukuk kavramına- esasen tanımsal olarak yaklaşmamakla beraber- onun belirli bir toplum teorisi içindeki anlamı üzerinden çözümlemelere girişilecektir. Söz konusu toplum teorisi, Alman sosyal bilimci Niklas Luhmann’ın (1927-1998) sosyolojisi üzerine inşa olmuş bir teoridir.

Luhmann’ın teorisi, insana politik alan içinde total statü tanıyan, dolayısıyla hukuku politikanın bir gölge fenomeni olarak gören klasik sosyal teorisinin aksine, hukuku bir sistem olarak kavramlaştırmış, ona özerk bir statü atfetmiştir (Luhmann, 1985: 7). Bu anlamda, hukuk teorisi ile sosyoloji arasındaki ilişki, münhasıran hukuk ile po-

litika arasındaki ilişki Luhmann’da- bazı izler taşımakla beraber- Durkheim ve Weber’inkinden farklıdır (Schlechter, 2003). Nitekim, Durkheim , toplumu son tahlilde moral entite olarak gördüğü için, hukuk sosyolojisini ahlak sosyolojisinin tamamlayıcı bir parçası olarak sunar. Organik ve mekanik dayanışma bağlamında baskıcı hukuk ve onarıcı (telafi edici) hukuk ayırımı yapar; baskıcı hukukun mekanik, onarıcı hukukun organik dayanışma temelinde yükseldiğine dikkat çeker. Hukukun gelişmesi, Durkheim’e göre, onarıcı hukukun baskıcı hukukun yerini almasıdır. Böylece, Durkheim, son tahlilde, toplumun bir hukuk sistemi olarak algılanabileceğini, dolayısıyla hukukun toplumsal hayatın ön koşulu olduğunu vurgular : Hukuk toplumsal hayatın çekirdeği ve sembolü, dolayısıyla kültürün bir parçasıdır. Sosyal gelişme ile hukukun gelişmesi paraleldir. Durkheim’den Luhmann sosyolojisine intikal eden husus; sadece hukukun farklılaşmasının, modern toplumların işlevsel farklılaşmasının bir parçası olduğudur.

Weber ise Durkheim gibi düşünmez; yani hukukun, toplumsal hayatın ön koşulu olduğunu reddeder. Weber’e göre, hukuk toplumsal hayatı inşa eden ön koşullardan sadece biridir. Ampirik eylem sosyolojisinin doğrultusunda Weber, hukukun veya hukuk düzeninin sosyal eylemin bir kısmını düzenlediği-

(*) Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

ni ileri sürer. Ona göre toplumsal hayatın bir parçası olarak hukuk düzendir.

Bu konuda Luhmann'ın düşünceleri Weber'den daha fazla izler taşır. Weber'de hukukun otonom bir gelişmesi söz konusudur, dolayısıyla kendi iç mantığına sahiptir. Hukukun farklılaşması, değerler farklılaşmasının bir parçasıdır ki bu da kurumsal farklılaşmaya ilişkin bir normatif boyuta sahiptir.

Luhmann, 1970'lerden itibaren Hukuk Teorisi ile Sosyal Teori arasındaki yakınlaşmada ve teorik alış-verişte Pierre Bordieu, Michel Foucault, Jacques Derrida, Giorgio Agamben gibi teorisyenler arasında adı en fazla geçen sosyolog olmuştur. 1980'lerden sonra ise bu doğrultudaki teorik yolculuğa J. Habermas da katılmıştır. Habermas ile Luhmann'ın sosyal teorisinin genel çerçevesi üzerine yaptıkları tartışmanın önemli bir kısmı hukuk olgusunun Sosyal Teori içinde işgal ettiği yer ve işlevle ilgilidir. Burada bu tartışmaya girmeyeceğiz (Bu konuda bkz.: Deflem, 1998). Ama çok kısa belirtmek gerekirse, aralarındaki fark şudur: Habermas hukuku son tahlilde toplumsal ve politik değişmeyi sağlayıcı bir araç olarak görür. Örneğin, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* adlı kitabında demokrasinin hayata geçirilmesinde en belirleyici aracın hukuk olduğunu işlemiştir. Luhmann ise hukuku, gerçekleşmeyen normatif ve tanımlayıcı (descriptive) beklentilerle işgal eden bir kurum olarak niteler hukuka beklentiler ile gelecekteki potansiyel durumlar; kültürel oluşumlar ile maddi koşullar arasında aracı bir kurum olarak bakar (Luhmann, 1985: Bölüm 2).

Klasik sosyal teorisyenler sosyal teorisinin köklerinin hukuk teorisinde yat-

nğına işaret etmişlerdi (Scheppelle, 1994). Bunu yaparken, genellikle toplumu moral bir entite (Durkheim) ve değerler bütününden oluşan bir yapılaşma (Weber) olarak algılama ağır basmaktaydı. Bir başka sebep, disiplinler arası uzmanlaşma henüz gerçekleşmediğinden, toplumsal olguları ve bu olgulara bakışı bütünsel bir çerçeveye oturtmak toplumsal çözümlemeyi bağlayıcı bir faktördü. Oysa, günümüzde hem uzmanlaşmış bir sosyal bilimler ailesi vardır, hem de buna bağlı olarak toplumsal olguların bütünsel çözümlemeden arındırılması söz konusudur. Bu çerçevede hem Hukuk Teorisi, hem Sosyal Teori klasik sosyal teorisyenlerin uğraştıkları meselelerin çoğuyla hâlâ uğraşmalarına rağmen, disiplinler arası farklılaşma, her bir disiplinin kendi yolunda yalnız yürümesi sonucunu getirmiştir (Scheppelle, 1994: 401.) Luhmann'ın sosyal teoriyen olarak yeri bu açıdan farklıdır.

B. Luhmann'ın Yeri

Luhmann'ın diğerleri arasında yerini farklı kılan husus, öncelikle metodolojik bir başlangıç noktasıyla ilgilidir. Bu nokta, hukuki bilgi ile hukukun sosyolojik incelemesi arasındaki açığa inhişar eder. Luhmann'a göre hukuki bilgi normatif düzenle ilgilidir. Sosyoloji ise, sosyal davranış, kurumlar, sosyal sistemler ile meşgul olur. Sosyologlar hukuka dışarıdan, hukukçular içeriden bakar. Luhmann, dışsal gözlem ile içsel tasvirin tamamlayıcı olduğunu ve hukuku sosyolojik olarak analiz etmenin böyle bir sentezi elzem kıldığını belirtir. Oysa Luhmann, merkezlessiz toplum vurgusuyla, işlevsel farklılaşma sayesinde göreceli özerk alanlara değinerek hukuku kendi kendini yaşatan (autopo-

ietic) bir alt-sistem olarak konumlandırmıştır (Luhmann, 1990a: Bölüm 13).

Luhmann'ı farklı kılan diğer önemli husus, onun hukuk teorisinin pozitivist doğasıdır: hukukun moral, politik, ideolojik unsurlarca belirlenmediği. Bu perspektiften, Luhmann'a göre hukuk bilimi (jurisprudence), hukuk sistemi içinde kural oluşturma ve yorumlama işlemleridir. Buna paralel olarak, Luhmann'ın hukuki pozitivizmi doğal hukuk, hukukun sosyolojik teorisine, toplumsal sözleşme teorilerine berrak bir karşılığı içerir.

Bununla beraber, Luhmann'ın hukuki pozitivizme yakın duruşu, onu münhasıran Kelsen gibi "legal pozitivist" olarak nitelememizi haklı kılmaz. Saniyen, pozitivizmi, Luhmann'ın hukuka moral talimatvari (prescriptive) ilkeler attığı anlamına da gelmez.

Luhmann'ın pozitivizminin özü, hukuk sisteminin kendi kendisini pozitivistik bir şekilde sunması; yargıçlar ve yasa yapıcılar tarafından olgular, verili durumlar olarak üretilen bir hukuk anlayışına tekabül eder; hukukun bir araç olarak kullanılarak toplumsal değişime sağlanabileceği anlayışını dışlar (Luhmann, 1985: Böl. 4).

Bir başka fark kendini yasallık-meşruluk ilişkisini telakkide gösterir. Luhmann, meşruluğun yasallığa dayandığı (Kantgil) görüşünü savunur. Ona göre, politik sistemde politika kaçınılmaz olarak hukuktan önce gelir. Fakat, bu, hukukun politik yönelimli olduğu anlamına gelmez.

Luhmann'da meşruluğun hukuktan önce geldiğine dair Aristogil görüşü reddedilir. Hukukun etkin işleyişine tek engel, farklılaşmamadır (dedifferentiation): hukukun sınırlarının silinmesi, hukuksal iletişimin kaybolması ve an-

lamlandırmanın diğer sistemlerden (politika, din...) gelmesi (Luhmann, 1982: 122-4).

Luhmann'ın hukuk teorisindeki farklı yerinin ne kadar özgün olduğunu daha açık ve ayrıntılı göstermek için, onun genel (toplum) teorisinin ana hatlarını ve politika kavramlaştırmasını ayrıca tasvir etmek gerekmektedir.

II. Luhmann'ın Genel Teorisinin Ana Hatları ve Politika Anlayışı

Luhmann'ın Sosyal Teorisinde çözümleme birimi bireyler veya gruplar değil sistemlerdir. Bu sistemler ise insanlardan değil, iletişimlerden oluşur. Toplum, dünyayı anlamlandıran diğer sistemlerle temasta olan bir sistem olduğundan, sosyal dünyadaki ilişkilerin temel biçimi, birey ve toplum arasında değil, sosyal sistem ve çevresi arasındaki ilişkidir. Modern toplum, alt-sistemler ve bunların kendi çevreleri şeklinde farklılaşmış toplumdur (ekonomik alt-sistem ve çevresi, politik alt-sistem ve çevresi, eğitimsel alt-sistem ve çevresi...) (King-Thornbill, 2003: 2-4).

Luhmann'ın teorisinde insanlar sosyal sistem değil, kendi kendini tanımlayan (self-referring) hem biyolojik, hem psikik olarak yaşayan sistemlerdir ve bilinçleri aracılığıyla anlam üretirler (Luhmann, 1990a: Böl. 2; 5). Bununla beraber Luhmann, ne bireylerin ne de insanlığın önemini inkar eder. Fakat, bilinç ile iletişim arasında ayırım yapar ve bunların her birinin anlamlar dünyasının ayrı otonom alanları olduğunu vurgular.

Luhmann'a göre, sosyoloji, gözlenebilen ile ilgilidir. Bunlar da insanların düşünceleri değil, iletişimleridir (Luhmann, 1989: Böl. 1). Gözlem ise "ilk elden" ve "ikinci elden" olmak üzere

farklılaştırılmalıdır. “İlk elden gözlem”, gözlemin ve gözleyenin gözlenmemesi durumunu; “ikinci elden gözlem” ise gözleyenin ve gözlemin gözlenmesi durumudur.

Luhmann’ın teorisinde sosyal sistemler, üç farklı tip arz eder : Etkileşim Sistemleri, Örgütsel Sistemler ve Toplum (Interactions, Organizations, Society). Her üç sistem de iletişimi aracı olarak kullanır. Fakat, toplumun dayandığı iletişim farklıdır: Toplum için tek iletişim, toplumun politika, hukuk, bilim, din, eğitim, sanat, vs. alt-sistemleri tarafından anlamlı olarak kabul edilmiş iletişimdir (Luhmann, 1982: Böl.4). Dolayısıyla Luhmann için toplum, “sosyal dünya”, “sosyal çevre” veya “sosyal alan” gibi kavramlardan farklı olarak, sadece ve sadece alt-sistemlerinin biri veya daha çoğu tarafından kabul edilmiş şeylerden müteşekkildir.

Toplum Luhmann’a göre, kapsayıcı bir sosyal sistemdir: tüm iletişimleri kapsar, yeniden üretir ve gelecekteki iletişimler için anlamlı ufuklar bina eder (Luhmann, 1982: Böl.10). Bu açıdan toplum, anlamlı iletişimlerden oluşan bir sosyal sistemdir. Toplumun dışında bir iletişim söz konusu değildir: “iletişimsiz toplum, toplumsuz iletişim yoktur”. Bu temel üzerinde her toplum kendi çevresini bina eder. Çevre ise doğa ve bilinçten oluşur.

Sosyal sistem işlevsel farklılaşma üzerine bina olmuştur. İşlevsellik, sistemler iletişimlerini organize edebildiği ve diğer iletişim sistemlerinin onları kullanabileceği tarzda yayabildiğinde ortaya çıkar. İşlev sistemleri olaylara anlam vererek kaosu önler (King-Tornhill, 2003: 9). Luhmann’ın işlevsel analizini diğerlerinden ayıran (örneğin

Durkheim ve Parsons’unkinden) şudur: İşlevsel olarak farklılaşmış sistemler bir işbölümü ve sosyal eylem değil, anlam organize edicilerdir. Toplumsal olarak farklılaşmış sistemler iletişim üretimlerinde enformasyonu anlama dönüştürürler. Fakat, her biri toplum için anlam organizasyonu ile ilişkisinde özgül işleve sahiptir (King-Tornhill, 11).

Luhmann’da sosyal sistemler veya sistemle alt-sistemler arasındaki sınır çizgisini belirlemede kodlama ve programlama hayati öneme sahiptir. Kodlama ve programlama, sosyal faaliyetin her alanının dünyayı kendi terimleriyle görmesi veya kavramlaştırmasıdır. Bu doğrultuda ekonomi parayı, politika iktidarı, bilim hakikati, din imanı, cinsellik aşkı aracı yaparak dünyayı görür. Her kodlama ikili mahiyette olup, negatif ve pozitif yönleri sahiptir. Bu, politika için iktidara sahip olmak-olmamak, hukuk için ise kanuni-gayri kanuni duruma tekabül eder. Kodlama yaparak sistem kendisini çevreden ayırır ve kendini kapatır (King-Tornhill, 23-4).

III. Luhmann’ın Hukuk Teorisi / Sosyolojisi.

Luhmann’a göre “hukuk” demek, yasal sistem demektir ki bu da belirtildiği gibi iletişimler sisteminden başka bir şey değildir : Kendi kendini hukuk olarak tanımlayan diğer iletişim sistemlerinden kendini ayırt edebilen bir iletişim (King-Tornhill, 36).

Hal böyle olunca, cevaba muhtaç temel soru şudur: Hangi tür iletişimler hukuk sayılır ? Luhman soruyu şöyle cevaplar: Hukuk sistemine ait olduğu yasa tarafından kabul edilen tüm iletişimler hukuk sayılır. Hukuki bir iletişim, kanuni-gayri kanuni ayrımına dayanan veya bu ayrımla ilişkili olan herhangi bir iletişimdir. Dolayısıyla, hu-

kuk son tahlilde legalite/illegalite meselesiyle ilişkili tüm iletişimlere uzanır (King-Tornhill, 2003: 36).

O halde, Luhmann’a göre, herhangi bir olay (trafik, tüketim...vs.) hukuken anlam ifade edebilecek iletişimsel bir mahiyet kazandığında hukuk sisteminin ve tabii aynı zamanda toplumun bir parçası haline gelir. Luhmann’ın işlevselciligi hatırlandığında, bu cevabının hukuki işlevsel gerçekçilerle aynı anlamı taşıdığı ortaya çıkar : “Hukukça ne yapılırsa hukuk odur” (Yücel, 2004: 36).

Bu itibarla, hukukun işleyişinde etik içerikleri arındırmak, dolayısıyla hukuka normatif ve talimatvari ilkeler atfetmemek gerekir. Bunun için modern toplumun pozitif hukuku, herhangi bir dış otoriteye tabi olamaz. Kendisini dışsal bir otoriteden özgürleştirebilmiş bir hukuk sistemi ancak kanuni-gayri kanuni ayrımında kendi kendini belirleme yeteneği gösterebilir ve bu sayede meşruluğunu sağlayabilir. Bu, aynı zamanda, işlevsel farklılaşma sistemlerinin birbirine kognitif açıklık (enformasyon almak ve iletişimde bulunmak), fakat her bir sistemin kendi kodları referansları ve rasyonalitelerine dayanarak çalıştıkları normatif kapalılık içinde oldukları durumudur (King-Tornhill, 43-4).

Normatif kapalılık, hukuk sistemi içinde doğru/yanlış ayrımının değil, kanuni-gayri kanuni ayrımının geçerli olduğunu ifade eder. Bu ayrım, moral olarak meşru kabul edilebilir olanın (örneğin kanuna itaatsizlik) gayri kanuni fiil olarak muamele görmesini önlemez. Aksi takdirde, hukukun sınırlarının belirsizleşmesi ve hukuki iletişimin yok olması gündeme gelir ki bu da

son tahlilde hukuksuzluğun vuku bulması demek olur.

Buraya kadar anlatılanlar çerçevesinde hukukun işlevini belirlemede hukuk-politika ilişkisi Luhmann sosyolojisinin en kompleks meselelerinden biri olarak belirir. Bir düzeyde hukuki ve politik sistemler birbirini dışlamazlar. Bunu anlamak için hukuk ve yasama arasındaki farka atfedilen önemi dikkate almak gerekir. Yasama hem politik iletişim olarak görülebilir (karar almanın politik sürecinin bir parçası olması) hem de hukuki bir iletişim olarak kabul edilebilir (mahkemelerin legal/illegal kodlamaya dayanması). Ama öte yandan, yasama meclisinde vuku bulan edimlerin çoğu hukuki kodlamaya tabi değildir. Dolayısıyla hukukla alakasız olduğundan, Luhmann’a göre, politik sistemde bir hukuki kararın hükümet politikasını dış vurma olasılığı gözden kaçırılmamalıdır (King-Tornhill, 44).

Hal böyle olunca, önemli sorumuz burada bir başka şekilde yeniden gündeme geliyor: Hukukun işlevi nedir ? Burada yukarıda açıkladığımız “işlev” teriminin tanımını yeniden hatırlayarak soruya açıklık getirmeye çalışalım. Söz konusu tanım çerçevesinde ele alırsak; Luhmann, hukuk sisteminin bireyler için ifade ettiği fayda ile ilgilenmez. Onu ilgilendiren, hukukun iletişimsel sosyal sistemlerden oluşan toplumun varoluşunda ve varlığını sürdürmesindeki katkısıdır. Luhmann’ın esasen cevap aradığı soru şudur : ekonomi, bilim, şahsi etkileşimler gibi diğer sistemlerin her birinin kendi özgül tarzlarıyla iletişimlerini organize etmeye devam etmesinde hukukun oynadığı merkezi sosyal rol nedir? . Cevabı şöyledir: zaman içinde meydana çıkan normatif beklentileri stabilize etmek. Yani huku-

kun işlevi, normlar temelinde (şeyler nasıl olmalıdıra dair) formüle edilmiş beklentilere göre işleyen toplumsal ilişkileri garanti etmektir (King-Tornhill, 52-3). Bu beklentiler belirli bir zaman momentinde hukuk sisteminin kararları tarafından üretilmiştir. Bunda şimdiki, geçmiş ve geleceğe bağlayan zaman ilişkilerini yaratmak da hukukun işlevlerindendir ki, buna belirsizliği giderme işlevi diyebiliriz.

Hukuk sisteminin kendi kendisini adil olarak tanımlaması zorunludur. Adalet, hukuk sisteminin temel referansıdır (meşruluğun politikanın, kılığın ekonominin temel referansı olması gibi). Ama, adalet, Luhmann'a göre, mutlakların olmadığı bir toplumda hukuku sosyolojik olarak anlamaya uygun bir kavram değildir (King-Tornhill, 63-4; Ökçesiz, 1997).

İşlevsel farklılaşmanın olduğu bir toplumda adalet mutlak bir değer olmayacağı için olumsaldır (contingent). Eşitlik de öyle. Dolayısıyla Luhmann'ın kavram çerçevesinde adalet veya eşitliği hukuki karar için norm kabul etmek uygun değildir. Bu, hukuk sisteminin üzerine oturduğu kanuni/gayri kanuni ikili kodlamayı terk etmek anlamına geleceği için de uygun değildir. Dahası bunu yapmak, son tahlilde, doğal hukuka dayanmak anlamına gelir ki, Luhmann'ın bu anlayışa karşı olduğu daha önce belirtilmiştir.

Hukukun işlevini daha berraklaştırmak için Luhmann'ın politikayı nasıl kavramlaştırdığına ayrıca bakmalıyız. Hemen belirtelim ki, Luhmann'a göre politika esas itibarıyla yönetmektir (administration). Bu çerçeve dahilinde politik sistem hukukun somut köklerinin yönetiminde olduğu ilkesini esas alır.

Yönetim, son tahlilde politik karar alma yeteneğine sahip olan iktidarı hukukileştirme ameliyesinin bütünüdür. Bu anlamda yönetim politikanın yasal organıdır. Politika ile yönetim arasındaki bu ilişkinin en önemli içeriği, hukuku, politik sistemden başka hiçbir yerden neşet edemeyeceğidir (Luhmann, 1982: Böl.7; 8). Dolayısıyla, Luhmann'a göre, yönetsel (administrative) kural koyma, hukuk sistemi içinde iletişimsel konum kazanana kadar hukuk haline gelemmez (King-Tornhill, 174-7).

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Luhmann'a göre, politik sistemde politika kaçınılmaz olarak hukuktan önce gelir ve hukuk politika için reçete önermede çok sınırlı bir kapasite gösterir (King-Tornhill, 181). Ama bu hukukun politize olmaya açık bir imkan sunduğu anlamını içermez. Örneğin, kanun ve anayasa gerekçeleri politik değil, hukuki olarak temellendirilir. Politik rasyonalitenin yönetsel rasyonaliteye dönüşmesi modern toplumda politik sistemin idamesinde anahtar momenttir. Çünkü, Luhmann'da politika-yönetim bölünmesi politik sistemi demokratik şekilde var eden bir etkidir (King-Tornhill, 80).

Luhmann, politikayı iktidarın tekelci organı olarak görmez : politika diğer sistemler üzerinde nihai ve belirleyici otorite değildir. Politik sistemin temel problemi meşruluktur. Ama, Luhmann, meşruluğu rızaya ve sözleşmeye bağlayan görüşlerden ayrılır. Ona göre meşruluk, olumsuzluk kaidesidir (formula of contingency). Meşruluk politik sistemin kendi olumsuzluğunu kabul ettiği bir formdur. Bu yüzden, politik itaat için tüm motivasyonlar kırılğan mahiyettedir. Ve son tahlilde meşruluk yasallık

ve pozitif hukukla özdeşdir. Hükümet muhalefetten daha fazla oy aldığı için meşru sayılmaz (King-Tornhill, 73-4). Bu açıdan, politik sistem, kendi sınırlarını emin şekilde çizebilmiş ve diğer tüm sistemlerden kendini fiilen (effectively) ayırabilmişse meşrudur. Dolayısıyla, Luhmann'da meşruluk, politikanın sınırlılığını esas alan bir meseledir.

Bu açıdan, modern devletin, politik sistemin kendini tasviri için birlik formulasından daha fazla bir şey olmadığı belirtilmek gerekir. Politika, devlet etrafındaki ilişkileri içerir ama, devletle özdeşliği içermez. Bu sebeple, modern kompleks toplumlarda politik sistem, devletin basitleştirilmiş yapısına indirgenemez (Luhmann, 1990b : Böl. VII).

Luhmann, daha sonraları politik sistemin üç alt-sistemden meydana geldiğini ileri sürmüştür: Politika, Yönetim, Kamu (King-Tornhill, 87). Bunlar aynı zamanda demokratik politik iletişimi bina eden unsurlardır. Buna göre Luhmann'ın demokrasi tanımı şudur : Demokrasi iktidar aracılığıyla politika-yönetim-kamu arasındaki farklılaşmış sistemi kapsayıcı çerçevedir (Luhmann, 1990b: Böl.IX). Bu çerçeve ikincil-kodlama (second-coding) temelinde vücut bulur : Politik sistemin yöneten-yönetilen kodlamasının hukukun kanuni/gayri kanuni kodlamasıyla tamamlanarak kamuya aktarılması. Yani politik sistem içinde kararların hukuka ihtiyaç duyması; bu kararların ancak hukukun kodlarıyla karar sayılması ve bundan sonra kamuya aktarma olanağını elde etmesi. Bu, aynı zamanda, hukukun iktidarı sınırlama işlevi içerdiğinin de bir işaretidir.

Dolayısıyla, hukuk şu iki farklı sebeple politika için gereklidir: 1. İktidar

rın hukuki olarak uygun formlar içinde işlemesi (bunu geniş ölçüde yönetim gerçekleştirir), iktidarın dağıtılmasına ve aktarılmasına, son tahlilde oydaşmaya olanak sağlar. 2. Hukuk politik sistemin içsel karmaşıklığını korur gereksiz aşırı uzmanlaşmadan uzak tutar (King-Tornhill, 109). Buradan Luhmann'ın demokrasiyi bir başka açıdan kavramlaştırmasına uzanabiliriz: Demokrasi kurallar bütününden oluşan bir biçim değil, sistemsel sevk ve idare tekniğidir (King-Tornhill, 110).

IV. Luhmann'ın Hukuk Teorisinden Örnek Olaylar Aracılığıyla Türkiye İçin Çıkarımlar

Burada vereceğimiz örnekler, Luhmann'ın hukuk teorisinin somut negatif görüngüleri olarak değerlendirilebilir. Hukukun bir alt-sistem olarak etkin işleyişi, diğer alt-sistemlerden kendini ayırmasını Luhmann'da teorik olarak ne kadar elzem bir unsur; üzerinde duracağımız örnek olaylar bu unsurun tam tersi bir görüntü sunmaktadırlar. Söz konusu örnek olaylar, her ne kadar Türkiye'nin gündemini meşgul etmiş güncel olaylara da; meselenin özü, hukuk sisteminin diğer sistemlerden ayıran sınır çizgisinin ve kendi iletişim kodlarının zihinlerde henüz fiilen oluşmadığına inhisar etmektedir. Bu hususu somut olarak resmetmek için, yıllar önce bir boşanma davasında alınan karara bakmamız yetecektir: "Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir boşanma davasında kocası tarafından dövüldüğü sabit olan bir kadının açtığı boşanma davası reddedilmiştir. Mahkeme evlilik birliğinin sürmesinin çocukların menfaatine daha uygun düşeceği görüşü ile davayı reddederken gerekçesinde; 'karının sırtını sopasız, karnını

sıpasız bırakma' halk deyişine de yer vermiştir." (Yücel, 2004: 185-6).

Yukarıdaki karar, Luhmann'ın hukuk tasvirinin adeta tersinden anlatımı gibidir: 'Moral' değerlerle yüklü, dolayısıyla varoluşunu geleneğe dayandıran, bu sebeple kendi kodlarına göre değil, dışsal diğer bir alandan meşruluk alan bir negatif hukuk tasviri.

Daha önemli meselelerde alınan kararlar mahiyet itibarıyla bu örnektekinden pek farklı sayılmaz. Dört örnekolayla ne demek istediğimizi çok kısa anlatmaya çalışalım.

Örnekolay 1 : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin Türban Kararı

AİHM'nin 4. Dairesi'nin Leyla Şahin davasında verdiği karar; esasen kamusal alanlarda türban takmanın eşitlik ve çoğulculuk ilkelerini ihlal ederek, türban takmayanlara karşı belli bir ayrımcılığı içerdiği yönündedir (Bkz. Temmuz 2004 günlük gazeteler). Bizim teorik olarak resmetmeye çalıştığımız mesele açısından ise kararın en fazla dikkate değer tarafı, bir ülkenin (Türkiye) sosyo-politik özelliklerinin belirleyici bir rol oynamış oluşudur. Kararın, türban takanları hukuka değil, politikaya dair özneler olarak telakki etmiş olduğu çok açıktır.

AİHM, kararını özü itibarıyla "laik düzenin, bu düzene inananların tehdidine maruz kalabileceği" anlayışına dayandığı için; tasvir etmeye çalıştığımız kanuni/gayri kanuni kodlamasını kullanamamış, dolayısıyla Luhmann'ın tanımladığı şekilde diğer alanların kodlarının etkisiyle kendi sınırları içinde özerk bir sonuca varamamıştır.

Örnekolay 2 : Yargıtay Olayı

Türkiye, günlük gazetelerde geçtiği ifadeyle "Yargıtay-MİT-Mafya" ilişkisinin bazı yargı kararlarını etkileme boyutuna eriştiği başka önemli bir hukuk

olayına tanık oldu. Kendisine yöneltilecek suçlamalardan daha sonra mahkemece aklanmış zamanın Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya ile Milli İstihbarat Teşkilatı mensubu bir kişi ve bir mafya lideri arasında ortaya çıkan ilişki; bazı yargı kararlarında rüşvet döndüğü, aynı zamanda hukuk-dışı etkenlerin rol oynadığı hususunu tartışmaya açtı (Bkz.: Ağustos 2004 Günlük Gazeteler). Medyaya yansıdığı şekliyle, söz konusu üçlünün bir araya gelmesinde temel faktör, "devlet adına" müdahil olmayı gerektiren bir durumun vuku bulmuş olmasıdır: Devletin bazı birimlerine "hizmet etmiş" bir mafya mensubunun durumunun kollanması bir araç olarak hukuk ve dolayısıyla etkin mevkiideki hukuk aktörleri kullanılmak istenmiştir. Bu açıdan mesele son tahlilde hukuk-politika ilişkisinin mahiyetinin tartışılmasına inhisar etmiştir. Bu arada Başbakan Recep Tayyip Erdoğan meselenin "kendilerinin dışında bir mesele" olduğunu söyleyerek, aslında buradaki teorik açıklamalarımızın zıddı bir hukuk-politika ilişkisi portresi çizmiştir.

"Yargıtay Olayı", esas itibarıyla işlevsel farklılaşmanın olgun şekilde varolmamasından kaynaklanan; politika-yönetim-kamu ilişkisinin yanlış iletişime dayandırılmasının ortaya çıkardığı tipik bir örnektir.. Hukuk kodlarının değil, devlete ilişkin amaçsal değerlerin gözetilmesi, sadece bu olaya içkin bir durum değil; hakim bir politik kültür anlayışının da ürünüdür. Nitekim, Başbakanın belirttiğimiz ifadesi bu tanıma uygun düşmektedir. Çünkü, daha önce değinildiği gibi, Luhmann'ın teori açısından politika ile yönetim arasındaki ilişki açısından hukuk, politik sistemden başka hiçbir yerden türetilemez ve bu anlamda yönetim politikanın yasa-masal (legislative) organıdır (King-Tornhill, 1976). Bu itibarla, Başbakanın

ifadesi niyetini aşarak, hukukun başka bir yerden türetililebileceğine dolaylı bir cevaz vermeye muadildir.

Örnekolay 3 : Zina ile İlgili TCK'daki Değişiklik

Hükümetin Türk Ceza Kanunda yapmayı düşündüğü, aile birliğinin korunmasına yönelik bir değişiklik bizzat Başbakan tarafından savunulduğu gibi zinanın suç sayılmasını gündeme getirmişti (Bkz. Eylül 2004 Günlük Gazeteler). Zinanın suç sayılmasının temel gerekçesi, "kadın-erkek eşitliğinin sağlanması", dolayısıyla evli çiftler arasında "adaletin tesis edilmesi" şeklinde sunulmuştur.

Kamuoyundaki tartışmalar her ne kadar hukuka ilişkin yapılmıyormuş gibi görünmüş olsa da, gerek muvafık, gerek muhalif taraflar özünde iki temel noktayı tartışmışlardır: Kadınlar üzerinden tanımlanan moral değerlerle toplumsal düzene nasıl bir şekil verileceğini ve nihayetinde böyle bir düzenin tesisinde hukuka verilebilecek düzenleyici araç işlevinin nasıl ifa edileceğini.

Taraflarca vurgunun ters yönlerden münhasıran moral değerlere (cinsler arasındaki eşitlik, özgürlük, adalet tanımlamalarına) yapılması, meselenin hukuki değil, etik, hatta politik bir mesele şeklinde yapılmasını kaçınılmaz kılmıştır. Bir başka deyişle, sözkonusu tartışma hukuku kendi kodlarına sahip, neticede özerk bir alt-sistem görmenin yerine, hukukun kendisini etik/moral bir kod olarak geçirmiştir.

V. Sonuç

Buraya kadar anlatılanlara bakıldığında Luhmann'ın hukuk teorisinin/sosyolojisinin sorunsuzmuş gibi sunulduğu sanılmamalıdır. Hemen belirtelim ki, amacımız Luhmann'ın takpçiliğini yapan bir hukuk anlayışı veya kavramlaştırması oluşturmak değildir. Bununla beraber, Luhmann'ın önerdiği

teorik çerçeve, hukuk olgusunu bir çok açıdan yeniden düşünmeye bizi teşvik eden bir öneme sahiptir. Ancak, bazı hususlar var ki- örnekolaylar yoluyla göstermeye çalıştığımız gibi-hukukun işleyişinin negatif filmi çok iyi vermesine karşılık, pozitif fotoğrafın ne kadar gerçekçi bir tasviri yaptığında müphemlik uyandırabiliyor.

Bunlardan birincisi, Luhmann'ın işlevsel gerçekçiliğinin içerdiği hukuk tanımının ("hukukça ne yapırsa hukuk odur") hukukun kurucu öznesini dikte almadığı olmasıdır: Veri aldığımız hukuk mefhumu, aslında somut toplumsal ilişkilerden türemiş bir tanım olabilir ancak ve bunun için de o tanıma geçerli kılan bir egemeni (sovereign) ardında gizler. Hal böyle olunca, hukukun gerçek yüzünü gösterdiği nokta, "istisnai durum"un belirdiği noktadır. Bu noktada tarihsel hiçbir veri Luhmann'ın tanımladığı anlamda pozitivist bir ruhla işleyen bir hukuk sisteminin varlığına işaret etmemektedir. Luhmann'da hukukun politik alandan türetilmesine dair görüş bu açıdan isabetli olmakla beraber muğlak kalmaktadır.

Buna bağlı olarak ikinci müphem husus, hukukun moral/etik kodlardan arkasında sakladığı bir egemenin varlığına rağmen nasıl arınabileceğine ilişkindir. Bir kere, hangi değerlerin moral/etik değerler olduğuna kim karar vermektedir, verecektir? İkincisi, böyle değerlerden arınmış bir hukuk nosyonu, ne için, neye karşı işlerlik kazanacaktır? Örnek verdiğimiz AİHM'nin kararı, Mahkemenin Luhmann'ın tasvir ettiği gibi son derece işlevsel farklılaşmanın ve kendi yerleşik kodlarının mevcudiyetine rağmen, son tahlilde moral değerlerden, hatta politik mülahazalardan mutlak anlamda bir kayıtsızlığa sahip olamayacağını net bir şekilde göstermektedir.

Bu, tam da Giorgio Agamben'in işaret ettiği bir hususa tekabül etmektedir: Moral/etik değerlerin hukuk tarafından "kirlendiği" için hukuktan bağımsız olamayacağı. Çünkü, Agamben'e göre "[a]hlaksal ve dinsel yargılarımızda başvurduğumuz kategorilerin neredeyse hepsi, bir şekilde hukuk tarafından kirlenmiştir: suçluluk, sorumluluk, masumiyet, yargı, bağışlama... Bu durum, bu kategorileri belirli tedbirler almadan kullanmayı güçleştiriyor. Hukukçuların çok iyi bildiği gibi, hukukun amacı adaleti sağlamak değildir. Gerçeğin doğrulanması da değildir. Hukuk, gerçekten ve adaletten bağımsız olarak, sırf yargı peşindedir. Adil olmayan bir hükmün bile kendisinde barındırdığı yargı gücü, bunu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlamaktadır. Hukukun nihai ereği, bir res judicata'nın (kesin hüküm) ortaya koyulmasıdır; öyle ki bu res judicata'da hüküm, yanlışlığına ve adaletsizliğine rağmen doğru addedilerek, doğru ve adilın ikamesi haline gelir. Hukuk, olgu mu, kural mı olduğuna karar verilmesi olanaksız olan bu melez ucube sayesinde huzur bulur; hukuk res judicata'sını ortaya koyduktan sonra, daha ileriye gidemez." (Agamben, 2004:18 ; italikler orijinal).

Öte yandan, hukukun, bir başka İtalyan filozof Gianni Vattimo'nun (2004: 136) belirttiği gibi, bir kodlar ve statülerin bütünlüğü bağlamında yargıçlar, avukatlar, savcılar ve diğer hukuk uzmanları arasında oluşan diyalog temelinde inşa olan yorumsal (hermeneutical) mahiyeti düşünüldüğünde; hukukun gidebileceği noktanın sınırlılığı daha belirgin hale gelir.

Bu perspektif dahilinde, Luhmann'ın hukuk kavramlaştırması, aslında hukukun öznelere Nietzsche'nin üst insanına benzer bir rol atfederek hukuku en ileri noktasına götürmek gibi bir iddiayı

içerir. Fakat, tespitlerini ve önermelerini Agamben ve Vattimo'nun sundukları bakışla tersinden okuduğumuzda ise, Luhmann'ın hukuk teorisinin/sosyolojisinin, aslında hukukun sınırlarını berrak şekilde gösteren değerli bir anlatım olduğu ortaya çıkar.

Kaynakça:

- G.Agamben (2004): Auschwitz'den Artakalanlar, Çev.: A.İ.Başgöl, Ankara
- M.Deflem (1998): "The Boundaries of Abortion Law: Systems Theory from Parsons to Luhmann and Habermas", *Social Forces*, 76/3
- M.King-C.Tornhill (2003): Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law, New York
- N.Luhmann (1982): *The Differentiation of Society*, New York
- N.Luhmann (1985): *A Sociological Theory of Law*, London
- N.Luhmann (1989): *Ecological Communication*, Chicago
- N.Luhmann (1990a): *Essays on Self-Reference*, New York
- N.Luhmann (1990b): *Political Theory in the Welfare State*, New York
- H.Ökçesiz (1997): "Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı", H.Ökçesiz (Haz.), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri* içinde, İstanbul
- K.L.Scheppele (1994): "Legal Theory and Social Theory", *Annual Review of Sociology*, Vol.20
- W.Schluchter (2003): "The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity" *European Sociological Review*, 19/5
- G.Vattimo (2004): *Nihilism and Emancipation: Ethics, Politics and Law*, New York
- M.Yücel (2004): *Hukuk Sosyolojisi*, 3.b., Ankara

Kişiliğin Önkoşulu Olarak Kamu Alanını Yeniden Düşünmek^(*)

Mehmet Tefik Özcan^(**)

1. Giriş

Günümüz liberal yaklaşımlarının çoğu hukuk sistemindeki kamu ve özel ayırımı kendi felsefi öncüllerini ve ideolojik tutumlarını güvenceye almak üzere yeniden düşünmeye odaklanmıştır. Liberal düşüncenin temellerinden kaynaklanan felsefi söylemlerin eklenmesi sonucunda, bir taraftan zaman zaman Rawls'un sözleşmecî felsefesi, bazen de Hume'un anti-rasyonalist düşünce çizgisinde -Hayek ve Nozick'de olduğu gibi- sosyal eşitlik ve refah taleplerinin ortadan kaldırılması pahasına kapitalist toplumsal ideolojilerin günümüzdeki zaferi dikkati çekmekte, radikalleşmiş siyasal liberalizmin aşırı bireyci gündemine uygun şekilde hukuk sisteminin altını oymaktadır. Her ne kadar her hukuk sistemi, kamu alanı ve iyi bir toplumsal yaşam adına zorunlu bir ilgiye sahip olsa da, liberalizmin 18. yüzyıldaki devrimci döneminin tersine, günümüz liberalizminin genel geçer tutucu siyasaları refah devletinin (sosyal devletin) bütün kazanımlarını bir tarafa fırlatmaktadır. Gerçi, bizler günümüzde insan haklarının süregiden akışının getirdiği ilerlemelere tanık olmalıyız; bunun içinde kimlik temelinde ele alınan grup hakları görünür hale gelmiştir

ve insan onuru yeni bir ışık altında tekrar tanımlanmaktadır. Fakat bu kabil gelişmeler henüz kendisine uygun hukuksal çözüm şekillerini geliştirebilmiş değildir; dahası bunlar salt siyasal istemler durumuna gelmekte, insan haklarının büyük topluma ilişkin olan kamu alanıyla karşılıklı bağlılığını ortadan kaldırmaktadır. Kısaca, bu gelişmeler bir yanda siyasal ve hukuksal gerçekleri birbirinden farklılaştır, diğer yandan gerçekte birey olarak insanlar ve insan grupları lehine olan hukuksal güvencelere aşırı ölçüde göndermede bulunurken, ancak onları etkisiz bir konuma sürüklemektedir.

Yukarıda zikredilen hukuk düşünceleri liberal siyasal ve hukuksal ideolojiye katkı yapanlar olarak düşünülebilirler; ancak bu katkılarını çalışan sınıfların mensubu olan insanları ihtiva eden en geniş anlamdaki kamunun çıkarlarının geriletilmesi pahasına yapmaktadır. Hangi ölçekte olursa olsun, felsefenin toplumun iyi hali konusundaki duyarlılığı dikkate almaksızın sadece belli bireylere (veya birey gruplarına) ait gü-nübürlük çıkarların herhangi birini geliştirme veya dillendirmeye indirgenmesi gerektiğini aklımızda tutmalıyız. Dahası, felsefeciler, toplumun iyi hali

(*) Bildiri, Romanian Academy tarafından 7-10 Ağustos 2004 tarihleri arasında Pitești'de (Romanya) düzenlenen "The International Symposium of Balkan Philosophical Societies"de sunulmuş bildirinin Türkçe olarak yeniden yazılmış versiyonudur.

(**) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi ve Türk Hukuk Tarihi Doçenti. E-mail: mtozcan@yahoo.com

konusunda çağdaş dünyadaki insanların büyük çoğunluğunun dikkate alınmasıyla, toplum ve hukuku yeniden değerlendirmek konusundaki sorumluluğa katılmalı ve buna uygun bir toplumsal ilgiyi yeniden canlandırmalıdır. Bundan hareketle, “kamu alanı” yerine bugünün moda kavramı olan “baskı altındaki gruplar” veya bunların durumlarının iyileştirilmesi eksentli düşünüşten bilinçli şekilde kaçınıyorum; çünkü bu kabil bir algılama –bazen bilinçli, ancak umumiyetle bilinçsiz şekilde– post-modern grup hakları savunucularının ika ettiği çarpıtmaya açıktır. Bu kavramlaştırmanın içi yerel kültürler ve tüketim kültürü ile doldurulmuştur ve bunda toplum, medeni yaşamın ortak kazanımlarının terk edilmesi pahasına cemaat ilişkilerine göre tanımlanabilir durumdadır⁽¹⁾. Bu günlerde gemi azya almış liberalizmin göze çarpar düzeydeki yeniden doğuşu, dinsel ve etnik özellikte geleneksel veya post-modern cemaat kültürleri ve MacDonal d kültürünün egemenliği altındaki tüketim kültürüne ait üslupçuluk, hepsi birlikte yeni emperyalizmin böl ve yönet usulünün yolunu açmaktadır; ki bu noktada emperyalist ekonomik veya politik güç odakları bu kabil “hakları” kendi amaçları yönünde kötüye kullanmakta, bununla da kendi çıkar politikasına uygun olarak bütün toplumları un ufak etmenin yolunu bulmaktadır.

İşlevini daha geniş kurumlar bütünü içinde kendisine tabi olanların gerçekten mevcut veya öyle farz edilen rızasıyla icra eden hukuk düzeni doğası gereği bir kamusal ilgiye sahiptir. Jürgen Habermas tarafından da işaret edildiği

üzere, hukuk düzeninin fiili varlığı (factity) ile geçerliği (validity) arasında, sistemin ortaya çıkarabilme başarısına bağlı ölçüde çözüme kavuşturulabilen bir gerilim mevcuttur⁽²⁾. İkel ya da gelişmiş düzeyde olsun, her hukuk düzeni ya faydaya dayalı olarak çıkarların tatminine veya meşruluk söyleminin pragmatğine veya her ikisine birden dayanır şekilde kamunun olumlamasına ihtiyaç duyar. Hukuk düzeni sadece hukuk normlarına değil, fakat bunlarla birlikte işlev üstlenen hukuksal gereçlerle birlikte iş gören hukuk dışı süreçlerin toplam etkinliğine dayanır; bu, aynı zamanda kendisine tabi olan topluluk halindeki insanların (demokraside “yurttaşların”) zihniyetinde yer tutan tasarımsal toplumsal düzene ilişkin düzenleyici düşünceleri tarafından da desteklenmelidir. Daha geniş açıdan, hukukun geçerliği iddiası, kendisiyle uyumlu tasarımsal toplumsal düzen algısının popüler kabul edilebilirliği iddiasıdır; bu Austin’in iradeci kuramının⁽³⁾ dayandığı faraziyelerin aksine, doğası gereği veya otomatik olarak hukuk düzeninden kaynaklamıyor değildir. Bu surette her bir hukuk düzeninin kaçınılmaz bir cephesi olarak olgusal ve geçerlik arasında gerilim mevcuttur. Hukuk felsefecisi genelde bu gerilimin tanığıdır; onun profesyonel ilgisi birbirini dışlayan iki alternatif tutumdan birinin seçilmesini gerektirir. İsmen belirterek, hukuksal kavramlarla dile getirilen halihazır düzeni savunma tutumu ve herhangi bir insani idealin yaşama geçirilmesi adına amaçlanmış toplumsal düzenin eleştirel olarak yenisinden kurgulanması. Olgusal ve geçer-

lik arasındaki gerilim fiilen konumlandığı yere göre felsefeciyi mevcut hukuk düzeninin kamusalılık ilgisi üzerine bir büyüünü bozma edimine mecbur eder. Bu edim, önceden verili veya gerçekleşmesi beklenen sosyal olarak tanımlanabilir çıkarlara ve halihazır iktidar sistemine göre bir ilişkisellik koşullarında gerçekleştirilir. Biz hukuk düzeni hakkına konuşma kararı aldığımızda veya konuşmaya zorlandığımızda, aynı anda Nietzsche veya Foucault gibi, iktidarı ve Kant veya Habermas gibi meşruluk dilini konuşmaktayızdır.

3. Hukuksal Geçerliğin Üç Tarihi Formu

Habermas, hukuksal geçerliğin iki temel toplumsal bağlam içinde sınıflandırılabileceğine işaret etti; bunlardan birincisi geleneksel veya teamülle ilgili kurallara, ikincisi ise rasyonel geçerlik iddialarına dayanır⁽⁴⁾. Habermas’ın sınıflandırması kendisinden önce gelen modernlik düşünürlerinin tarihsel değer taşıyan sınıflandırmalarının bir tür tekrarı mahiyetindedir. Modernleşmenin erken safhalarından beri dikkati çekmiş olan bu yaklaşımlar ve sosyal yaşam tarzlarının uygarlaşmamış, kısmen uygarlaşmış ve uygarlaşmış biçimlerinin farklılığı eksenini öne çıkaran bir nosyona dayanır. Bu noktada rasyonalist çizgide sayabileceğimiz ve sayamaya çağımız, ancak rasyonelleşmenin birinci derecede rol oynamasına vurgu yapan birkaç modernite düşünürüne kısa-

ca işaret etmek istiyorum. İlk olarak, Giambattista Vico 20 Ekim 1723’de Napoli Kraliyet Akademisi’ndeki açılış söylevinde kahramanlık çağını sona erdiren ve insanoğlunun kendi zihin yapısının doğasındaki Tanrı benzeri yetkinliği işleyecek bir yolu açan aklın gücünü haber verdi⁽⁵⁾. Daha sonra, anti-rasyonalist bir düşünce çizgisinde olmasına rağmen, Adam Ferguson 1767’de içinde bulunulan çağda uygarlık yeteneklerini, kamu adaletinin temel bir sivil toplum aygıtı olarak savaşçı ilişkileri sona erdirdiği ve sürdürülebilir barış ve karşılıklı olumlu etkileşimi geliştirdiği üzere, insan toplumlarının kaba (rude) olandan daha parlak (polished) olana doğru ilerleme içinde olduğunu yazdı⁽⁶⁾. Benzer bir görüş açısı, sosyolojinin en önemli kurucularından olan Auguste Comte tarafından ileri sürüldü, ki o insan toplumlarının bir biçimli evrimleşmesinde teolojik, metafizik ve pozitif düşünce biçimlerine uygulanabilir üç kurgusal çağı içinde toplayan ilerlemenin varlığını iddia etti⁽⁷⁾. Bir diğer benzer yaklaşım Henry Sumner Maine tarafından ortaya konuldu⁽⁸⁾; o, toplumları statü ilişkilerinden sözleşme ilişkilerine yönelik şekilde –evrimsellik içinde– birbirinden ayırt etmişti. Bir başkası, Max Weber, siyasal meşruluğu geleneksel, karizmatik ve yasal-rasyonel olmak üzere üç evrimsel form içinde birbirinden ayırt etti⁽⁹⁾; ki bu sayılardan sonuncusu bürokrasinin ve hukuktaki şekli ve maddi rasyonelliğin

(1) Iris Marion Young, *Justice and Politics of Difference*, New Jersey, Princeton Uni. Press, 1990, *passim*.
 (2) Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Translated by. William Rehg, Cambridge, Polity Press, 1998 (c. 1996), *passim*.
 (3) John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Vol. I, London, John Murray, 1873, pp. 81-352, *passim*.

(4) Op. cit., p.32.
 (5) Giambattista Vico, “On the Heroic Mind,” (Translated by. Elizabeth Swell and Anthony C. Sirignago), *Social Research*, Vol. 43, No. 4 (Winter 1976), pp. 886-903.
 (6) See. Adam Ferguson, *An Essay on the Civil Society*, New edition, (England), Basil, MDCLXXXIX, p. 235, et seq.
 (7) Auguste Comte, *The Positive Philosophy*, Translated by., Frederick Harrison, Vol. II, Batoche Books, Kitchener, 2000 (c.1896), p.149 et seq.
 (8) Henry Sumner Maine, 1901, *Ancient Law*, 17th imp., London, John Murray, 1901, *passim*.
 (9) Max Weber, 1954, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Ed. by. Max Rheinstein, Translated by, Edward Shils and Max Rheinstein, New York, Simon and Schuster, 1954, pp.349-356.

modernite ve hukuk devleti ile ilişkisinin üstünlüğüne işaret eder. Bu kabil ayırt edişler toplumsal yapılar ve iktidar sistemleri arasındaki ilişkiye dayanan farklı meşruluk söylemlerinin eklenmelerine göndermede bulunur. Weber'den önce, Karl Marx'ın Ekonomi Politikin Eleştirilmesine Katkı'sının "Önsöz"ünde (1859) ifade edilmiş olan meşhur kritere başvurmak yerinde olur⁽¹⁰⁾; buna göre, buna göre, sınıflı toplumların toplumsal yapıları-onun "üstyapı" dediği üzere- iktidar sistemi ile idare edilenlerin yaratılmış veya yaratıldığı farz edilen onayına dayalı durumdadır. Böylesi kamusal bir rıza duygulanımsal ve rasyonel gereçlerin muhtelit bir ürünü olurken, rasyonel düşünce işlemlerine dayanan ideolojik söylemin eklenmesi egemen bir işleve sahiptir. Kısaca, farklı yaşam dünyalarına ve siyasal ideolojilere dayanan eleştirel tutumlar bir tarafa, polis, res publica, commonwealth ve kamu alanı modern büyük toplumun varlığını sürdürülebilir hale getiren ortak ilke ve standartların varlığına işaret eder, bu sayede -en geniş anlamdaki- yönetim aygıtı aşağı durumdaki statü grupları ve toplumsal sınıfların onayını elde edebilir. Kamu alanı zorunlu şekilde iki kaynaktan ortaya çıkar: Birincisi, siyasal iktidarın çıkarı ve ilgisi, ikincisi ise, yönetilenlerin halihazır zihniyet durumlarına uygunluk taşıyan şekilde tabi olmanın önceden mevcut ve/veya rasyonel şekilde yaratılan düşünsel kaynaklarıdır.

Meşru hukuk düzeni yürürlükte olan hukuk normlarının ve hukuksal prensiplerin toplamıdır; bu bütünlük sosyal

imgelem tarafından projelendirilmiş gibidir, yine bu son tahlilde kendiliğinden ortaya çıkmış ve düşünce edimiyle kurgulanmış olan materyal olmayan kültürün elemanlarının toplumsal olarak eklenmelerine göndermede bulunur. Belirtilen imgelemde içerilmiş olan idealler aynı zamanda toplumun tarihi hakkında bir imgelemi açığa vurur. Kamu alanını faydacı bir yaklaşımla veya toplumu piyasa olarak algılayan liberalizm, topluma ait ortak kurumlar ve değerleri içeren bu alanı yurttaşların hissedarı olduğu bir anonim şirket benzeri bir dar anlayışla tanımlar⁽¹¹⁾. Tersine, kamu alanı hukuk düzenini genel olarak gözetilmesi gereken aşağı sınıflardan bireylerin ve durumu kötüye gidenlerin tasarımsal bir sığınağı haline getiren kurucu unsurdur, meğer ki hizmetlerden yararlananlar hükümetin yaptığı katkıları geri ödeyemeyecek olsalar da. Kapitalizm öncesi ve kapitalist toplumsal formasyonları dikkate alarak egemen sosyal düzen türlerini, sırasıyla, birbirleriyle kaynaşmış kültürel örüntüler, siyasal tahakküm ve hukuk devletinden oluşan tarihsel toplumların uygarlık öncesi, uygar ancak modern öncesi ve modern yaşam formlarıyla ilişkilendirdiğim özet bir sınıflandırma yaparak sunmayı tercih ediyorum.

Birincisi, antropolog ve etnologların tarihsel ve günümüz örnekleri içinde ele aldıkları geleneksel ve uygarlık öncesi toplumları içinde toplar. "İlkel" toplumlar dediğimiz bu toplumlar bir toplumsal kimliğe atfedilebilir durumda olan ve duygusal olarak içi doldurulmuş ikonlara dayanan bir anlam sistemine sahiptir. İlkel toplumlarda sembol

ve göstergelerin metafor ve metonim eklenmesini incelemiş olan Lévi-Strauss'un ortaya koyduğu üzere, bütün ikonlar, göstergeler ve totemsel sınıflandırmalar, her dilde vuku bulan dilsel göstergelerin anlamlı eklenmesine benzer surette bir anlam sistemi olarak eklenirler⁽¹²⁾. Toplumsal birleşmenin mensupları olarak insani varlıklar birincil düzeyde sembol ve göstergeleri yaratırlar ve izleyen şekilde onları bir anlam sistemi oluşturacak şekilde eklenirler. Assman ve Connerton olmak üzere iki farklı yazarın⁽¹³⁾ ayrı ayrı öne sürdüğü ancak ortak noktalara sahip görüş açısını ben de paylaşıyorum. Bunlara göre, toplumsal hatırlama sistemleri toplumun halihazır ve geçmişteki öykülerini eklenmelerine şekildedir inşa edilmiş kültürel örüntüye dayanır. İlkel toplumlarda hatırlama sistemi sıcak bir bellek tarafından desteklenen sözel anlatılara dayanır; şu kadar ki, buradaki sıcaklık yüzyüze ilişkilerin katkısıyla ve kendisine özgü mitolojik inanç sistemi aracılığıyla anlam depolayıcı kütörenselle tekrarlama pratikleri tarafından yaşama geçirilir. Durkheim ve Malinowski'nin farklı tarihlerde işaret ettikleri üzere⁽¹⁴⁾, okuryazar olmayan bir toplumun sosyal birlikteliğinin ortak kazanımı karşılıklı dayanışmadır (Durkheim buna "mekanik dayanışma" dedi); bu bütünlüklü bir anlatı içinde eklenmiş belli tabular, kutsal mekanlar ve kutsanmış objeler tarafından vücut kazandırılmıştır ve bir şekilde bu eklenme gayrişahsi toplumsal düşü-

nüşün interaktif pratiği aracılığıyla icra olunur. Sonuçta, toplumsal dayanışmayı koruma altına alan toplumsal özellikler toplumun farz edilmiş iyi hali algısının ışığı altında kamu alanını temsil eder. Bu zihinsel durum, felsefe ve modern bilimin getirdiği kazanımların toplamlarıyla karşılaştırdığımızda, bize insicamsız bir bütün gibi görünebilir; ancak kütörenin sıcak belleği ondaki içsel tutarlığın ele geçirilebilirliğini inşa eder⁽¹⁵⁾.

İkincisi, uygar, fakat geleneksel (modern-öncesi) toplumları içine alır ki, bunların toplumsal örgütlenmeleri birincil olarak tam zamanlı ve yüksek ölçüde ayrılmış siyasal iktidarın üst belirleyiciliği koşulları altında toplumsal tabakalaşmaya dayanır. Bu bağlamda, siyasal iktidar egemenliği altında tuttuğu halkı rahipliğe ait meşruluk retoriği aracılığıyla ikna eder. Orta doğunun en erken hidrolik uygarlıklarından modernliğe kadar, bütün modern-öncesi uygar toplumlar merkezi siyasal egemenlik etrafında toplaşma durumunda; bu, karmaşık toplumu ya küçük ölçekli monarşiler veya daha büyük -harcaya dayalı- imparatorluk yapıları olarak siyasal hegemonya ve nüfuz aracılığıyla inşa eder. Modern-öncesi patrimonyale egemenlik yapılarında kamu alanı öncelikle tabi durumdaki halkın pazarlık gücü dikkate alınmaksızın egemenin her şeye kadir otoritesi etrafında toplanmaya dayanır. Toplumdaki verifi inanç sistemi kamu imajını egemen dinin rahipliğe ait profesyonel pratiği ara-

(10) Bkz., Karl Marx, *Ekonomi Politikin Eleştirilmesine Katkı*, Çev. Sevim Belli, 5. b., Ankara, Sol, 1993, s.23.

(11) Radikal bir utopia yazarı sayılan Nozick, kendi ultra-minimal devletini, hizmetten yararlananların aldığı hizmet miktarında ödeme yaptığı, egemen koruyucu güç formunda (yani, özel suretle parayla tutulmuş güvenli personel gibi) tasarılar. Robert Nozick, *Anarşi Devlet ve Ütopya*, Çev. Alihan Oktay, 1. b., İstanbul, Bilgi Üniversitesi, 2000, s.12, et seq.

(12) Claude Lévi-Strauss, *Yaban Düşünce*, Translated by., Tahsin Yücel, İstanbul, Hürriyet Vakfı, 1984, passim.

(13) Jan Assman, *Kültürel Bellek, Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik*, Translated by., Ayşe Tekin, İstanbul, Ayrıntı 2001, s.69 et seq.; Paul Connerton, *Toplamlar Nasıl Anımsar?*, Translated by., Alaeddin Şenel, İstanbul, Ayrıntı, 1999, passim.

(14) Emile Durkheim, *The Division of Labour in Society*, Translated by., Joseph Ward Swain, New-York and London, The Free Press, 1964, (c.1915), passim; Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Littlefield, Adams and Co., 1962, passim.

(15) Cf., Ernst Cassirer, *Ernst, İnsan Üstüne Deneme*, Translated by., Necla Arat, İstanbul, Remzi, 1980, s. 83; Raymond Firth, *Symbols Public and Private*, London, George Allen & Unwin, 1975 (c.1973), p. 54 et seq.

cılığıyla destekler; burada rahip, dinsel inancın bireysel vicdanı denetlemesine uygun surette patriyarkal öğretmendir. Assman'ın özetlediği üzere⁽¹⁶⁾, bu tür büyük toplumların ortak zihni, merkezileşmiş akıl, arşivlerin soğuk belleği, resmi olarak kutsanmış dünya görüşü, kutsal normlar ve hukuksal ve rahipliğe ait etkinliklerle biraraya getirilmiş olan bir kanon yoluyla bütünleştirilmiştir. Gerçi, bu koşullarda kuttörenselleşen elemanların rolü devam eder ve sıcak bellek varlığını sürdürür, dahası bunlar dinsel ve hukuksal zihniyeti sıkılaştırma rolünü üstlenir, ancak dolaysız veya dolaylı olarak siyasal egemenin memurları durumundaki entelektüel ve rahiplerin "aydınlanmış" edimleriyle karşılaştırıldığında tali bir fonksiyonu yerine getirir.

Üçüncüsü, modern toplumlardır ki, günümüzde sosyalist toplumlar ortadan kalkmış olduğundan bu başlık sadece kapitalist toplumları ihtiva etmektedir. Bu alanda iki ayrı alt kategorinin varlığını da öne sürebiliriz; birincisi endüstri devrimi sonrası Britanya İmparatorluğu örneğinde, kendi dinamiğiyle kendiliğinden gelişen modernlik ve ikincisi 19. yüzyılın son yirmi yılı içinde başlayan Almanya, Japonya ve Türkiye örneklerini içine alan modernleşmedir. Çok sayıda sosyologun işaret ettiği gibi, modern toplum geleneksel toplumu değiştirebilme yeterliğine sahip olacak mahiyetteki sosyal değişmelerin ortak ürünüdür. Burada içinde ticaret devriminin, gelişen dünya pazarının, sömürgeciliğin, endüstri devriminin, artı değer sömürsünün zikredilebileceği ekonomik alandaki farklılaşmaların bilinen öyküsünü yinelemeyeceğim. Bu alanda ifade edilenlere ben de katılıyorum; ancak ben derin temellerinde radikal bir değişimin sonu-

cu olarak değişikliğe uğramış modern toplumun kamu alanının mahiyetine işaret etmek istiyorum. Yukarıda değinilen modern öncesi uygar toplumu düşündüğümüzde, din adamları zümresinin patriyarkal otoritesini kullanarak tebaayı denetleyen görevliler olduğu koşullarda egemenliğin sahibi kamu alanını kendi siyasal çıkarına sıkı sıkıya bağlı olarak tanımlar. Habermas'ın işaret ettiği gibi⁽¹⁷⁾, modern toplum, tam tersine sağlıklı veya çarpıtılmış iletişime dayanan iletişimsel rasyonellik evrenidir; siyasal egemen yönetimi altında tuttuğu halkın hak ve özgürlüklerini tanısa da tanımasa da, bu halk er veya geç pazarlık yapabilme gücünü elde eder.

Değişik modernlik filozoflarının ortaya koyduğu üzere, modern çağ, sosyal birleşmenin planlanabilmesi ve düşünsel olarak inşa edici düşüncelere ve idealleştirmelere göndermede bulunmak suretiyle yeniden eleştirilebilmesi özelliğiyle modern-öncesi çağdan radikal şekilde ayrılır. Immanuel Kant 1784'de ideal haline getirdiği "aydınlanmış" insanı rasyonel seçişine uygun surette eylemde bulunabilen, böylece de rasyonel toplumu inşa edebilen aktör olarak tanımladı⁽¹⁸⁾. Böylece rasyonel mahiyetteki söylem eklenmesi ve gerekçelendirilmeye yönelik iletişim, demokratik siyasal yaşam fiilen mevcut bulunsun da, bulunmasa da, hukukun taalluk ettiği bütün alanlarda hukuk devleti ilkesini doğası gereği zorunlu kılan toplumdur. Modern toplum, aynı zamanda, makuleştirilebilir bir siyasal egemenliği ve kendine tabi olanları veya uyruklarını ikna edebilir bir hukuk düzenini yerleştirmek zorundadır. Faydacı bir filozof olduğu halde, John Stuart Mill 1869'da modernliğin, kadınlar dahil bütün birey-

lerin rol ve statülerini kendi rasyonel seçişlerine uygun surette yeniden tanımlaması gerektiğini iddia etti⁽¹⁹⁾. Yine o, döneminin halihazır toplumsal düzeninin, kötü içgüdüler (instincts) ve bunlarla ilişkili geleneklerin ilga edilmesi yoluyla iradi (deliberative) bir gayretle inşa edilen modernliğin ürünü olduğunu ifade etti; işte bu, yeni bir kamu algılaması aracılığıyla yaşama geçirilen modernliğin yeniden-kurucu potansiyelidir:

"Bununla birlikte geçmişte başlayabilmiş olabilir durumdaki halihazır müesseselerimizin her biri, onların düşünüşünde göre mevcut olabilmesi, bu uygarlık dönemine insan doğasına ve genel olarak arzu edilebilirliğe uygun algılama sayesinde sürdürülebilmektedir. Onlar güçlü olan tarafında haklılık ile yer tutan kurumların büyük yaşamsallığını ve dayanıklılığını; yoğun bir şekilde ona yönelmesini; iyi olduğu kadar kötü eğilim ve duyguların onlara sahip olmakla teşhis edildikleri gücünü ellerinde tuttuklarını; nasıl başlangıçta alt düzeyde en zayıf olduğu zaman en azından gündelik yaşamın alışkanlıklarıyla örülmüş olan bu kötü kurumların yavaşça ellerinden kayıp gittiğini ve nasıl ilk başta fiziken sahip oldukları için hukuksal gücü elde etmelerinin pek seyrek bir durum olduğunu, fiziksel güç diğer tarafa geçinceye kadar onu hiç kaybetmeden ellerinde tuttuklarını anlamazlar. Fiziksel iktidarın bu kabil yer değiştirmesi kadın olgusunda (he-

nüz-Çn.) vuku bulmuş değildir; bu gerçek belirtilen olgunun kendine özgü ve karakteristik görüntüleriyle birleşmiş haldedir, ilk olarak hak sisteminin bu dalı en sonunda ortadan kaybolacak olan, erken döneminde diğer birkaçından önce en vahşi cephelerindeki yu- muşamayla güç üzerinde temellendi"

Modern toplumun kamu alanı hem iktidarın, hem de bunu onaylayanın her ikisinin aynı anda bir arada bulunmasıdır. Başka bir ifadeyle, kamu alanı siyasal iktidarın sahibini tahtından indirmez, fakat onu uygarlaştırmayı başlandır⁽²⁰⁾. İlave olarak, kamu alanı, muhaleflere eleştirilerini ilericiler talepleri veya devrimci girişimler olarak söylemsel edim yoluyla rasyonel şekilde ifade etmeleri için teşvik edicidir. Habermas'ın işaret ettiği gibi, modern toplum iletişimsel rasyonelliğin varlığıyla nitelenirilirken, bunun içinde kamu alanı hukuksal olarak meşrulaştırılmış iktidarı açığa vuran şekilde inşa edici bir özelliğe sahiptir, yani hukuksal prensiplerle desteklenmiştir ve yurttaşların düşünme edimleri yoluyla rıza göstermeleriy-le onay bulduğu iddiasındadır. Burada, iktidar yapısı ile bu yapının yönetilenlerce onaylanması arasında safdil bir uzlaştırmayı kurgulamak niyetinde değilim; ancak kamu alanı, Nozick veya Hayek'in radikal (yani dehümanize) liberal retoriklerinin aksine⁽²¹⁾, bireysel haklar ile toplumun iyi hali arasında fiilen mevcut veya gerçekleşmesi olanaklı

(16) Op. cit., p. 105 et seq.

(17) Bkz., Habermas, op. cit., Ch. I, pp. 1-41.

(18) Bkz., Kant, Immanuel, 1784, "What is Enlightenment?" Königsberg in Prussia, 30th September, 1784, passim. In <http://eserver.org/philosophy/kant/what-is-enlightenment.txt>

(19) Bkz., John Stuart Mill, "The Subjection of Women, (1869)" On Liberty and Other Writings, Ed. By., Stefan Collini, Cambridge, Cambridge Uni. Press, 1995, p. 124.

(20) Cf., Michel Foucault, Toplumun Savunmak Gerekir, Translated by, Şehsuvar Aktaş, 2nd imp., İstanbul, Yapı Kredi, 2003, passim.

(21) Her iki felsefeci de, kamu alanı klasik liberal retorikinin tasvir ettiği bireysel hak ve özgürlüklere nüfuz ettiğinde bu alanı sınırlandırmakta olağanüstü gayret gösterdi. Minimal veya ultra-minimal (Nozick) devleti dikkatli bir şekilde tercih etmeleri bir tarafa, bu yazarlarda iletişimsel rasyonelliğin temel kaldracı olan demokrasi mülkiyet hakkı ve serbest pazar söz konusu olduğunda ertelenebilir veya tümden vazgeçilebilir durumdadır. Cf., Friedrich A. Hayek, Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük C. I (Kurallar ve Düzen), (Ankara) Türkiye İş Bankası, 1994, s. 144, 171, 194, et passim.; Nozick, op. cit., s. 59-90, et passim. Nozick demokrasi konusunda özel bir heyecan hissetmemekte, hatta tutarsız bir düşünce çizgisiyle onu kölelikle eşitlemektedir. O tutarsızdır, çünkü Locke çizgisinde düşüncelerini ifadeye başlamışken, Herbert Spencer'in yasama yetkisi konusundaki Sosyal Darwinist iddialarına sığınmaktadır (See, Ibid., pp. 353-368).

uzlaşmayı elde edilebilir kılan hukuk devleti ilkesine uygun siyasal iktidarı gerekli kılar.

3.Kamu Düzeni ve Kişilik

İfade edildiği üzere, kamu alanı hukuk aracılığıyla düzenlenen –modern toplumun zorunlu şekilde kurucusudur, ki o ne tanrısız olarak en iyi düzenin, ne de sınırlandırılmamış bireysel çıkarların örneğidir, sadece aklın rehberliğindeki toplumsal düzendir. Modernlik sosyal birleşmenin geleneksel örüntülerini herhangi bir beklenen çözümü ortaya çıkarmaksızın sona erdiren kapitalist gelişmenin kaçınılmaz ürünüdür. Böylece, kapitalizm zorunlu olarak özel şahısları kurucu ajan veya aktörler olarak gereksinim duyulmasına yol açar; onların rasyonel edimleriyle üretilebilecek olanlardan başka bir çözüm tarzı mevcut değildir. Bu suretle, modern toplumun kamu alanı rasyonel insan varlıklarının karşılıklı ilişkileri ve tartışmaları durumudur ki insanların iradeleri aracılığıyla inşa edilebilen öteki olmaya saygı ve iktidarı paylaşmanın ele geçirilebilir diyalektikliğidir. Görebildiğim kadarıyla, rasyonel hukuk düzeni ve liberalizmin bireyci öncülleri arasındaki düşünsel uyumun ilk mimarı olan Immanuel Kant kamu alanının siyasal liberalizm ile hukuk düzeni arasında bir denge (yani gayrimuntazam ve karşılıklı değişime maruz bir denge) bulunduğunu 1790'da yazdığı *The Science of Right*'ın "Giriş"inde ortaya koydu: "Hakka (right). ait evrensel yasa böylece şu tarzda ifade edilebilir: 'Dışsal olarak öyle bir şekilde eylemde bulun ki, senin iradenin özgür işleyişi başkalarının özgürlüğü ile evrensel yasaya uy-

gun olarak bir arada mevcut olabilsin"⁽²²⁾. Kant'a göre bir arada mevcut olabilme durumu zamanla sınırlı bir durum değildir, aksine o "Doğa Durumu" tarafından geçici olarak bahsedilmiş haklar yerine hukukla güvenceye alınmış özgürlüğü inşa eder.

Gerçi modernitenin erken döneminde kamu alanı, sivil toplum halinde yaşamayı hedeflemiş insanlar tarafından akdedilmiş toplumsal sözleşmeye dayandırılarak, kurgusal bir prosedürle inşa edilmiş toplumsal durumun faraziyeydi. Siyasal liberalizm modern toplumun kamu alanının içinde büyüdüğü rahmiydi, ancak o kararsız ve değişmeye maruz bir durumdu, yani uygun bir hukuksal çerçeve inşa edilmedikçe kırılıp dökülebilir haldeydi; ki bu hukuksal çerçeve bireysel çıkarları aşarak sosyal algılamayı genişletebilir. Spekülatif düşüncesinin tartışmaya açık doğası bir tarafa, Hegel'in *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* başlıklı eserindeki hukuk düzeninin bölünmüş toplumsal çıkarları aşabileceği yönündeki tezlerini paylaşmamız gerekir:

"Kendiliğinde hukuk olan şey, objektif mevcudiyeti içinde va'zedilmiştir (gesetzt), yani düşünce tarafından bilinç için belirlenmiştir. O, bu karakteriyle, var olan ve geçerli olan olarak bilinir-yani kanun'dur (Gesetz). Ve bu hukuk aldığı bu determinasyona göre, genel anlamıyla pozitif hukuk'tur" (Sec.211)

"Kendiliğinde olan'la vaz'edilmiş olan arasındaki bu aynılık sayesinde ki, pozitif kanun zorlayıcı güce sahip olur. Pozitif kanun olarak vaz'edilmekle hak, belirlenmiş bir mevcudiyet kazanır. İmdi, böyle bir mevcudiyet içine

keyfi iradenin olağanlıkları ve daha başka bazı özel realiteler de girebileceğinden, kanunun muhtevası ile kendiliğinde hak arasında bir farklılık ortaya çıkabilir." (Sec. 212)⁽²³⁾

Neo-liberallerin farazi mahiyetteki kuralsızlaştırma arzularının aksine, liberal amentüde yer alan üç temel hak, yani yaşam, özgürlük ve mülkiyet, önceden kurulu veya inşa edilmekte olan hukuksal düzenlemeler dikkate alınmaksızın, her hal ve şartta mevcut ve meydan okuyan tarzda söz konusu edilemez. Dahası, hukuk düzeni liberal temel hakları mevcut veya kurgulanmış akılla yön verilmiş kamu alanı içinde güvenceye alır, onları farklı metallerin ergimesinde olduğu gibi biri diğerine nüfuz eden bir tür uzlaşmanın içine taşır. Böylece, hukuk düzeni soyut nitelikteki liberal değerleri dile getiren değil, onları mütecanis bir sistemin içinde bütünleştirir; tıpkı Kant'ın *The Science of Right*'da (Sec.41) dikkatimizi yönelttiği adalet kavramlarının uyumlaştırılması gibi:

"Evrensel yasakoyucu irade düşüncesine uygun şekilde dikkate alınarak, bu kabil Hakta fiilen pay sahibi olmanın olanaklılığının formel ilkesi KAMU ADALETİDİR. Kamu adaleti –iradenin etkinliğinin konusu olarak düşünülen- objelerin yasalara uygun olarak mülk edinilmesinin olanaklılığı, fiilen mevcudiyeti ya da zorunluluğu olarak mütalaa edilebilir. Bundan hareketle koruyucu adalet (justitia testatrix), denkleştirici adalet (justitia commutativa) ve dağıtıcı adalet (justitia distributiva) bölünebilen adaletin ilk biçiminde hukuk açıkça şekli (lex justii) dikkate

olarak içsel olarak hak olanla ilişkisinin nasıl olduğunu ifade eder; ikinci olarak o objesi dikkate alınarak hukukla dışsal uygunluğunun nasıl olduğunu ve mülk edinilmesinin ne suretle haklı (lex juridica) olduğunu açıklar ve üçüncü olarak verili durumdaki hukukun alanına gelen tekil davanın muhakemesindeki karar aracılığıyla hakkın ve adilin ne olduğunu ve neyi kapsadığını beyan eder. Son bahsedilen ilişkide kamu mahkemesi o ülkenin adaleti olarak adlandırılır; ve bu kabil kamu adaletinin icra edilip edilmediği sorunu yargılama konusundaki her türlü ilginin en önemli yönü olarak dikkate alınabilir."⁽²⁴⁾

Son olarak, kişilik bütünlüğü içinde kamu alanına vücut veren hukuk sisteminin aktif bileşenidir; yani kamu alanı Hegel'in "kanunun saf pozitif yanı, evrensel'in yalnız özel üzerinde değil, aynı zamanda bireysel üzerinde, yani dolaysız uygulama üzerinde bu odaklanmasındadır"⁽²⁵⁾ ifadesinde yer aldığı gibi, toplumsal olarak tekrar tekrar uygulaması yapılan ortak aklın derin yapısı sayesinde vücut bulur. Hukuksal bir müessese olarak kişilik sistem bağlamı içinde yer tutar ve kamu alanının sağlıklı işlediği koşullarda varlığını sürdürebilir. Demokratik bir toplumda eşitliklik kamu alanının çekirdek prensibidir; burada dar anlamdaki liberal prensiplerin leh veya aleyhindeki gerekçelere ağırlık veren veya vermeyen özgür iletişimsel eylem aracılığıyla değişme olanağı içindedir. Ayrıca söylemeye gerek yok ki, özgür iletişim aracılığıyla meşruluk doğası gereği demokratik bir süreci ortaya çıkarır; demokrasi fiilen mevcut bulunmasa bile toplu-

(22) Immanuel Kant, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence*, Translated by, W. Hastie. The Online Library of Liberty, Liberty Fund, Inc, 2004 (Original Edinburgh Clark, 1887), p. 37. In http://oll.libertyfund.org/Texts/Kant/0142/PhilosophyOfLaw/0139_Bk.html

(23) G. W. F. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* (1821), Çev. Cenap Karakaya, İstanbul, Sosyal, 1991, s.174-176 (Hegel alıntılarını İngilizce çevirisiyle de karşılaştırdım: *Philosophy of Right*, Translated by., T. M. Knox, London, Oxford University Press 1979 (c.1952)).

(24) Kant, *The Philosophy of Law*, pp. 86-87.

(25) Hegel, op. cit., s. 177.

mu her yönüyle demokratikleşmeye doğru yönlendirir.

4.Sonuç

Modernleşme ve aydınlatma bir yönüyle toplumsal bir durum, diğer yönüyle bu koşullarda insan olmaktan kaynaklanan zihinsel çabadır; her ikisi birlikte insani varlıklar arasında düşünme ile yaratılan dengeye ulaşabilmeyi sağlayan ikiz kardeşlerdir. Yine bu ikisi, düşünceye dayanan eylem yoluyla insanlara ait sorunların üstesinden gelebilen şekilde, yeni toplumsal yaşam biçimlerini geri dönüşsüzce icat eder. Böylece bireysel insan hukuk tarafından şekillendirilen kamu alanı koşullarında akıllı bir şahsiyet olarak hukuki tanıma kavuşur.

Ben de günümüzün post-modern durumunu modernliğin en yüksek ve radikalleşmiş safhası sayıyorum; bunun içinde dehumanize siyasal ideolojinin amaçları lehine kamu alanını tedricen zayıflatan faydacılığa dayalı ve ikonik karakterli kültürel etkilerin ortak nüfuzu modernliğin kuruluşundan beri mirası olan rasyonelliği geriletmektedir. Post-modern tüketim kültürü yurttaşlar arasındaki iradeye dayalı kararları lüzumsuz veya sonuçsuz hale getirirken (daha doğrusu, yurttaşı faydaya dönük ve kültürel karakterli metaların tüketimine dönüştürürken), kitlesel medyanın karanlık ekonomi politikası aracılığıyla mülk sahiplerinin mevcut iktidarını destekler. Bu esnada sermayenin veya malların sahipleri kendilerini kamusal yaşamın devamı için gerekli olan sorumluluktan (özellikle vergi ödeme yükümlülüğünden) kurtarmak için kamu alanını sulandırmayı tercih ediyorlar. Eğer kamu alanı bunların istediği gibi gerçekten zayıflatılabilirse, daha küçülmüş kamu toplumun gem vurul-

mamış çıkarların aşırı sert çatışmasına sürüklenmesinden başka bir şeyce yol açmaz. Kamu alanı, iktidar sistemi ile kamusal talepler arasındaki uzlaşmadır; bu da demokrasi ve hukuk devletinin fiili koruyucusudur.

Bibliyografya

Assman, Jan, Kültürel Bellek, Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik, Translated by, Ayşe Tekin, İstanbul, Ayrıntı, 2001.

Austin, John, Lectures on Jurisprudence, Vol. I, London, John Murray, 1873.

Cassirer, Ernst, İnsan Üstüne Dene-me, Translated by, Necla Arat, İstanbul, Remzi, 1980.

Comte, Auguste, The Positive Philosophy, Translated by, Frederick Harrison, Vol. I-II-III, Batoche Books, Kitchener, 2000 (c.1896).

<http://socserv2.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/comte/Philosophy1.pdf>

Connerton, Paul, Toplumlar Nasıl Anımsar?, Translated by, Alaeddin Senel, İstanbul, Ayrıntı, 1999

Durkheim, Emile, The Division of Labour in Society, Translated by, Joseph Ward Swain, New-York and London, The Free Press, 1964 (c.1915).

Ferguson, Adam, An Essay on the Civil Society, New Edition, (England), Basil, MDCCLXXXIX.

Firth, Raymond, Symbols Public and Private, London, George Allen & Unwin, 1975 (c.1973).

Foucault, Michel, Toplumun Savunmak Gerekir, Translated by, Şehsuvar Aktaş, 2nd imp., İstanbul, Yapı Kredi, 2003.

Habermas, Jürgen, Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy,

Translated by, William Rheig, Cambridge, Polity Press, 1998 (c. 1996)

Hayek, Friedrich. A., Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük C. I (Kurallar ve Düzen), (Ankara) Türkiye İş Bankası, 1994,

Hegel, Philosophy of Right, Translated by, T. M. Knox, London, Oxford University Press 1979 (c.1952).

Hegel, G. W. F., Hukuk Felsefesinin Prensipleri (1821), Çev. Cenap Karakaya, İstanbul, Sosyal, 1991

Kant, Immanuel, The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence, Translated by, W.Hastie The Online Library of Liberty, Liberty Fund, Inc, 2004 (Original: Edinburgh, Clark, 1887). In http://oll.libertyfund.org/Texts/Kant0142/PhilosophyOfLaw/0139_Bk.html

Kant, Immanuel, 1784, "What is Enlightenment?" Königsberg in Prussia, 30th September, 1784.

In <http://eserver.org/philosophy/kant/what-is-enlightenment.txt>

Levi-Strauss, Claude, 1984, Yaban Düşünce, Translated by, Tahsin Yücel, İstanbul, Hürriyet Vakfı.

Maine, Henry Sumner, Ancient Law, 17th imp., London, John Murray, 1901.

Malinowski, Bronislaw, Crime and Custom in Savage Society, Littlefield, Adams and Co., 1982.

Marx, Karl, Ekonomi Politikin Eleştirisine Katkı, Çev. Sevim Belli, 5. b., Ankara, Sol, 1993.

Mill, John Stuart, "The Subjection of Women (1869)," On Liberty and Other Writings, Ed. By, Stefan Collini, Cambridge, Cambridge Uni. Press, 1995.

<http://www.constitution.org/jsm/women.htm>

Nozick Robert, Anarşi Devlet ve Ütopya, Çev. Alişan Oktay, 1. b., İstanbul, Bilgi Üniversitesi, 2000.

Vico, Giambattista, "On the Heroic Mind," (Translated by Elizabeth Swell and Anthony C. Sirignano), Social Research, Vol. 43, No:4 (Winter 1976), pp.886-903.

Weber, Max, Max Weber on Law in Economy and Society, Ed. by. Max Rhinestein, Translated by, Edward Shils and Max Rhinestein, New York, Simon and Schuster, 1954.

Young, Iris Marion, Justice and Politics of Difference, New Jersey, Princeton Uni. Press, 1990.

Türkiye'de Hukukun Sosyal Teorisi

Mustafa T. Yücel^(*)

Ülkemiz hukukunun sosyal teorisini oluşturmak doğrultusunda sistemdeki aktörlerin tutum ve davranışlarını belirlemek üzere niceliksel/niteliksel araştırmalara vurgu yapılması önemi şimdilerde daha iyi algılanmaktadır. Avrupa Birliği uyum yasaları bağlamında çıkarılan yasalara karşın uygulamanın aynı tutarlılığı göstermediği savları karşısında sosyal teorinin saptanması daha da önem kazanmaktadır. İşte bu gereksinmeden hareketle yaşayan hukuku saptama açısından aktörlerin de-facto ne yaptıklarını saptamak, belli amaç – değeriye vurgu yapıp yapılmadığını belirlemek üzere yargı pratiği açısından niceliksel ağırlıklı olarak yaptığım teorik saptamalara aşağıda yer verilmiştir.

Bu saptamalar sırasıyla şöyledir:

- Birincisi, diğer ülkelere oranla kamu davasındaki itham yüzdesi ile ceza

mahkemeleri beraat oranlarında (%) görülen yüksekliktir⁽¹⁾. Aşağıdaki formüle göre,

$$\text{(İtham yüzdesi)} = \frac{\text{İddianame}}{\text{İddianame} + \text{Takipsizlik} + \text{Ön ödeme}} \times 100$$

saptanan itham yüzdesi 2000 yılı verilerine göre DGM Başsavcılıklarında % 68, diğer

Başsavcılıklarda % 52'dir⁽²⁾. Bu orandaki yüksekliğin uzun yıllardır süregelen Cumhuriyet Savcılarının tutumundan kaynaklanmaktadır. Uluslararası karşılaştırmada ülkemizdeki mahkumiyet oranı oldukça düşük, % 75.2(2000), görülmektedir. Nitekim, mahkumiyet oranı İsveç'te %94.7 (1988), Fransa'da %98.9 (1982) ve Japonya'da %99.9 (1999), Çin ve Kore'de % 99.6'dır. Düşük mahkumiyet oranının, hazırlık soruşturmasının eksik

veya yetersiz yapıldığına /gereksiz açılan kamu davalarının israf ekonomisine işaret etmesi; kamu davasının yanlış kişi hakkında açıldığı; gerçek suçlunun yargı önüne çıkarılmadığı ve mağdur yararına adaletin sağlanamadığı gibi göstergeleri ile Savcılık yönetimi yozlaştırılmaktadır. Ülkemizde ceza adaleti sisteminin etkinliği için yüksek mahkumiyet oranı elde edilmeye çaba gösterilmeli; hazırlık evresi ile hüküm anına kadar geçen sürede "ayıklama" işlemine özgü yasal düzenlemeler geliştirilmelidir⁽³⁾.

• İkincisi, aşağıdaki tabloda yer alan verilerin ortaya koyduğu üzere, ceza davalarında "zamanaşımı nedeniyle düşme" kararlarının gizli bir af gibi çalıştığıdır. Bu sonucu etkileyen öğeler arasında 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanununun işlevsel etkinlikten yoksunluğu yer almaktadır. Nitekim Yargıtay Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamelerin tebliğ edilmesi hükmü bu gerçeği çarpıcı bir şekilde sergilemiştir⁽⁴⁾.

2000 yılı verilerine göre düşme kararları dağılımı

Evre	Sayısı
Savcılık	117.941
İlk derece mahkemeler	365.174
Yargıtay	10.728
Toplam	493.843

• Üçüncüsü, adli yargıdaki yanlış oranıdır. 2002 yılı itibariyle Yargıtay Ceza Dairelerindeki bozma oranı %39.7 ile yazı emirle bozma istemlerinin⁽⁵⁾ sonuçları(1992 yılında Adalet Bakanlığına gelen 2.606 yazılı emrin 1.394'ünde istem yerinde görülünerek mahalline iade edilmiş, 1.133 dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirilerek bunlardan 1.026'sında kabul - %90.6 ve 107'sinde ret - % 9.4 kararı verilmiştir) toplamı ilk derece mahkemelerindeki yanlışma payını sergilenirken, Ceza Genel Kurul'undaki % 44.9'luk (son on yedi yıllık süredeki en yüksek) oran da Yargıtay Ceza Dairelerindeki yanlışma payına işaret etmektedir. Bu payın saptanmasında Yargıtay

Cumhuriyet Savcıları kamu davası açarken yeterli delil olup olmadığına karar verirken, delillerin kullanılıp kullanılmayacağı ile güvenilirliğini de göz önünde bulundurmamışlardır. Bazı davalardaki sözde deliller itiyi çekmezken; bazı davalardaki delillerde, ilk algılandığı gibi güçlü olmayabilir. İşte bu nedenle kamu davası açılması sürecinde yanıtlanması gereken sorular şunlar olmalıdır: Delil mahkemede kullanılabilir mi? Delilin mahkemede kabul görmemesi olasılığı var mı? Bazı ceza usulü kurallarının ilgili delilin hükme esas alınmayacağı emretmesi (CMUK md. 238, 254/2) karşısında, delilin elde edilmesi şekli veya dolaylı tanık ifadesi nedeniyle delil mahkemeye reddedilecek mi? Bu durumda, gerçekçi bir şekilde mahkumiyete götürücü nitelikte diğer deliller var mı? Delil güvenilir mi? Suç itirafı örneğin sanığın yaşı, zeka derecesi veya anlama gücü olmayışı nedeniyle güvenilirlikten yoksun mudur? Tanığın özgeçmiş göz önüne alındığında Savcılığın davasını zayıflatma olasılığı var mı? Tanığın saikinın karanlık olması veya sabıkasının bulunması, kendisinin davaya yaklaşımını etkileyebilir mi? Tanığın kimliği sorgulandığında, elde edilen kanıtlar yeterince güçlü mü? Ne var ki, Savcılar, kullanabilecekleri veya güvenilirliği konusunda emin olmadıkları kanıtları da göz ardı etmemelidirler.

İşte, Savcılar kamu davası açılması sürecinde yer alan "yeterli delil" ölçütüne işlerlik kazandırmak üzere sanık hakkında mahkumiyet beklentisi olup olmadığını test ederken şimdiki dek sözü edilenleri özenle irdelemelidirler. Özetle, kanıtları, kamu davasını açmak hususunda yeterli sayılıp sayılamayacağını Savcılar takdir edecektir. Tutum oluşumu ve değişikliği için ayrıca bk. M.Şerif ve C.W.Şerif, *Sosyal Psikolojiye Giriş II Sosyal Yayınları, İst., 1996, ss.539-573*.

(3) M.T. Yücel, "Adli Sistem-Kavramsal Modeller" *Hukuk Sosyolojisi-Hukuk ve Gerçekler* Ank., 2004

(4) Tebliğnamenin tebliğ edilememesi nedeniyle son iki yıl içerisinde beliren düşme sayısındaki artış nedeniyle yaptırım etkisi sınırlı olan suçlara ilişkin dava dosyalarının temiz üzerine Yargıtay Başsavcılığınca tebliğname düzenlenmeksizin ilgili daireye gönderilmesi hükmüne bağlanmıştır (Yargıtay Kanunu 28. maddesine fıkra eklenmesi- R.G. 21/07/2004-25529- Madde 13).

(5) Bk. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün yazılı emirle bozma talepleri hakkındaki 17/12/2002 tarih ve 3.3.-337/143 sayılı Genelgesi.

(*) Yrd. Doç. Dr.LLM, JSD, Çankaya Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi
(1) M.T.Yücel, *Kriminoloji*, Ank., 2003, s.132.
(2) Ne var ki, kamu davası açmak için "yeterli delil" yerine getirilen "yeterli delil" ölçütü istenilen işleve kavuşturulamamıştır. Bunun en belirgin nedeni ise, Savcılara güven duyulmamasıdır. Bu duygu adliye kültürümüzün yerleşik bir ögesi olup, Savcılarının ciddi bir hazırlık işlemi yapmaksızın kamu davası açması tutumu ile beslenmektedir. Nitekim, adalet müfettişlerince 1986 yılı Ankara Cumhuriyet Savcılığı denetiminde, hazırlık soruşturmasının tamamına yakın bir kısmının zabıtaya yapıldığı; derdest 31074 hazırlık evrakından yalnızca 732 sinin (% 2.3) Savcılarca tahkik işlemine tabi tutulduğu saptanmıştır. Ülkemizde, yeterli delil ölçütüne göre dava açma tekelini elinde bulunduran Savcılarının bu ölçüte ne derece işlerlik kazandığı yukarıdaki somut veriler (beraat oranları) ışığında kuşkuyla görülmektedir. Bu ölçüt, Savcılar kamu davası açılması için gereken "yeterli delil" için objektif bir değerlendirme yapma imkânı bulamadıklarından mı yeterli bir işleve kavuşamamıştır? Yoksa önceden kamu davası açılmasına egemen olan "yeterli delil" ölçütünün yarattığı kültür ve davranış tutumu karşısında "yeterli delil" işlevden yoksun mu kalmaktadırlar? Savcılar, her sanık için yapılan suç isnadına ilişkin mahkumiyete yönelik gerçek bir beklentiyi besteyecek yeterli delil olduğu konusunda tatmin olmalıdırlar. Savcılar, savunmanın görüşlerini de göz önüne alarak tezlerini nasıl etkileyeceğini de göz önüne almalıdırlar. Kuşkusuz, mahkumiyete ilişkin gerçek bir beklenti olup olmaması objektif bir test niteliğindedir. Bu test, mahkemeye, hukuka uyarlı ikame edilen leh ve aleyhteki delillerin değerlendirilmesi sonucu büyük bir olasılıkla sanığın mahkumiyetine karar verilmeceği anlamına gelmektedir.

Cumhuriyet Başsavcılığınca Ceza Daireleri kararlarına karşı yapılan itiraz ile karar düzeltme sonuçları da göz önüne alınmalıdır. Aşağıdaki tablolarda itiraz

ve düzeltme istemlerindeki kabul oranının (1992-2002) küçümsenmeyecek ölçüde olduğunu göstermektedir.

Ceza Genel Kuruluna Yapılan İtiraz Sonuçları

	Karar/İtiraz	Kabul	%	Ret	%
1992	53	32	60.37	21	39.63
1993	49	23	46.94	26	50.06
1994	39	24	61.53	15	38.47
1995	50	25	50.0	25	50.0
1996	30	6	20.0	24	80.0
1997	46	19	41.0	27	59.0
1998	53	17	32.07	36	67.92
1999	90	34	37.77	56	62.22
2000	64	24	37.50	40	62.50
2001	241	80	33.19	161	66.80
2002	98	51	52.04	47	47.95

Karar Düzeltme İstem Sonuçları

Yıl	Karar Düzeltme	Kabul	%	Ret	%
1992	178	162	91.01	16	8.99
1993	140	134	95.71	6	4.29
1994	140	125	89.28	15	10.72
1995	123	110	89.43	13	10.57
1996	96	84	87.50	12	12.50
1997	84	72	85.71	12	14.28
1998	105	90	85.71	15	14.28
1999	110	84	76.36	26	23.63
2000	111	96	86.48	15	13.51
2001	77	62	80.51	15	19.48
2002	118	95	80.50	23	19.49

İşte adalet istatistiklerinin belgediği beraat ve düşme oranlarındaki yükseklik ile adli yanılma oranındaki bu çarpıcı oranlar, ceza adaleti sisteminde kalite açısından patolojik bir görüntüye işaret etmektedir⁽⁶⁾.

• Dördüncüsü, Yüksek Mahkemelerde süregelen “adli kırtasiyecilik”tir. Yargıtay Hukuk Dairelerince “aidiyeti cihetiyle ilgili daireye gönderilen” iş sayısı 2000 yılında çıkan toplam 244.978 işten 28.827 (% 11.8) iken; Danıştay için bu sayı 1999 yılında çıkan toplam 59.753 işten 1677 (% 2.8) dir.

• Beşincisi, ceza adaleti sisteminde “her şey sanki suçluları korumaya yöneliktir”. Sistemde mağdurlar açısından büyük bir haksızlık ve dengesizliğe tanık olunmaktadır. Bu durum isimlendirme açısından Batı dünyasındaki görüntü daha da belirgindir: victim justi-

ce/mağdur adaleti değil, criminal justice/ceza adaleti olarak adlandırılmaktadır. Ülkede var olan ceza adaleti süreci “mağdur”u daha da mağdurlaştırmakta; nerede ise mağdur suçlu konumuna getirilmektedir⁽⁷⁾.

Önemli olan mağdurun makul sayılabilecek ölçüde sosyal kontrol sürecinde (ceza adaleti mekanizmasında) yerini alabilmesi ve bu suretle ikinci kez mağduriyetinin önlenmesidir. Bu bağlamda, yargılama sürecinin de makul sürede sonuçlandırılması gerekmektedir. Anayasal nitelikteki bu buyruğa karşın Ceza Mahkemelerince 1993 yılında T.C.K. 415 (İrz ve Namusa Tasaddi) ve 416 ncı (Zorla İrza Geçme ve Tasaddi) maddelerinden karar verilen davaların açıldıkları yıllara göre dağılımı oldukça düşündürücüdür.

1993 yılı Kararlarının Açılış yıllarına göre dağılımı

Madde	1989 ve öncesi	%	1990	%	1991	%	1992	%	1993	%	Toplam
415	17	3.24	22	4.2	58	11.1	182	34.7	245	46.8	354
416	93	1.98	102	2.2	262	5.6	1359	29.0	2877	61.3	4693
Toplam	110	2.1	124	2.4	320	6.1	1541	29.5	3122	59.8	5217

(6) Bu istatistik görüntünün yıllarca varlığına karşın gerekli adli irade tezahürüne tanık olunmadığı gibi Beş Yıllık Kalkınma Plan Stratejileri ve yıllık kalkınma programlarında da şimdiye dek beraat/düşme/adli yanılma için bir oran hedeflendiği görülmedi. Öte yandan, halkta ta bilinç yaratılmadığı için demokratik sistem gerekli refleksi gösteremedi.

(7) Hüküm giyen suçlu eğitimle, çalıştırılmakta/psikiyatrik tedaviye tabi tutulmakta;kendilerine “af” sağlamak üzere kader kurbanı etiketi yapılandırılmakta; aflatla salıverilenler özellikle cinsel sapıklar yeni kurbanlara doğru yelken açmaktadırlar. Psiko-sosyal anketlerle suçluların öz geçmişlerinin profili çıkarılırken, mağdurlara ne olduğu konusunda hiç bir araştırma yapılmıyor. Cinayete kurban gidenler, sanki “temizlendiler”. Onlar mağdur potansiyelli kişilerdi; cinayet olmasa başka bir nedenle X olacaktı-belki de yolda yürürken kafalarına bir sakı düşerek veya geceleyin evlerine giren bir kamyonla can vereceklerdi. Öte yandan, suç zamanı ile takibattan kurtulan suçlulara karşın mağdurlar yaşam boyu geçirdikleri travmanın etkisine mahkum oluyorlar. İşte sistem çeşitli açılardan fire vermektedir. İnsan hakları bildirgelerinde sanıkların korunmasına yönelik hükümler pozitif hukuka yansımış iken mağdurların korunmasına yönelik düzenleme daha yasalasmamıştır. İlke defa suç işlediklerinde korunan suçlular salıverilme sonrası yeniden suç işlediklerinde sistem yine koruyuculuğunu sürdürmekte; zaman zaman cezai sorumluluk açısından akıl hastalığı devreye girerek (insanity defense) farazi açıklamalarla sanığın cezai sorumluluğu olmadığı de hükme bağlanabilmektedir. Kuşkusuz, bu düzenleme de sorgulanarak, gerçekte sanığın suçu işleyip işlemediği/suçlu olup olmadığı saptanmalı; bu saptama sonrası yaptırım ve tedavi türü (akıl hastanesi mi, cezaevi mi, yoksa her ikisinin mi olacağı) belirlenebilmelidir.

Yukarıdaki verilere ek olarak, bu iki cinsel suça ilişkin olarak 1993 yılında ilk derece ceza mahkemelerince karara bağlanan davalardan (5217) yalnızca %52 sinde (2702) mahkumiyete tanık olunmuş; davalardan % 60’ı (3122) yılı içinde karara bağlanırken, diğerlerinde ise bu sürenin en az iki yıl ve hatta bunlardan 110’unda(% 2.1) beş yıl ve daha fazla olduğu gözlenmiştir. Bu konumdaki tanık-mağdurlar ile en yakın aile bireylerinin psiko-dinamik yapısındaki fırtınaları algılamak için insanın hayal gücünün fazlaca zorlanması gerek bulunmamaktadır (Secondary victimization).

• Altıncısı, genelde mevcut kurumlarda sistem modeline referansla verimlilik ve etkinlik/moral analizleri yapılmaksızın kaldırılan/konulan kurumlarla süreçte çıkmazlara neden olunmasıdır. Bunun en tipik örneği de, sorgu hakimliğinin kaldırılmasıdır.

Sistem modeline göre iş akışı/girdi kontrolü/aşınma parametrelerini belgelemek üzere 2000 yılı Adalet İstatistiklerinde 1000’e indirgenmiş görüntüsüne aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir⁽⁸⁾. Savcılık tablosunda görüldüğü üzere işlerin % 30.3 ‘ünde takipsizlik kararı verildiği göz önüne alınarak kolluk evresinde bu ayıklama işlemine olanak sağlayacak yasal düzenleme gereği belirmektedir.

Yukarıdaki tablolardan Ceza Mahkemeleri bölümünde yetkisizlik ve görevsizlik oranının %27’i bulması sistemdeki kırtasiyeciliğin boyutunu sergilerken, hukuk mahkemelerindeki %3’lük sulh oranı da adliye uzlaştırma/sulh kültürünün gelişmediğine işaret etmektedir.

(8) Bk. Cezaevi ve Penolojik Gerçekler bölümü.

SAVCILIK

Takipsizlik kararı	303
Ön ödeme	120
Açılan Kamu Davası	457
Yetkisizlik	72
Görevsizlik	8
Birleştirme	41
Çıkan iş sayısı	1000

CEZA MAHKEMELERİ

Yetkisizlik	8
Görevsizlik	19
Birleştirme	19
Düşme	217
TCK 119 göre ort.kaldırma	83
Beraat	133
Mahkumiyet	521
Çıkan Dava Sayısı	1000

HUKUK MAHKEMELERİ

Açılmamış Sayılması	122
Birleştirme	30
Ayırma	1
Zamanaşımı	3
Yetkisizlik	10
Görevsizlik	12
Sübut bulmadığından	102
Feragat sebebiyle	35
Tam Kabul	556
Kısmen kabul kısmen ret	126
Sulh olma	3
Çıkan dava sayısı	1000

• Yedincisi, varlıklar ya da ilkelerin, gereksiz olarak arttırılmasıdır. Bu yöntem terk edilerek hukukçular ve akademisyenler çabalarını artık adaletin etkin ve kaliteli bir şekilde gerçekleşmesi ve adalete susamış insanların/kamu vicdanının tatmin edilmesi çarelerine yöneltmelidirler. Bu bağlamda, ilk önce yıl-

lardır Yargıtay’da süregelen “aidiyet nedeniyle ilgili daireye gönderme” (2000 yılında çıkan kararların % 11.8) sorunu çözüme kavuşturulmalıdır. Bu derece basit bir sorun çözüm beklerken yeni kurumlara yeni sorunlar yaratmanın mantığını anlamak kolay değildir. Önem verilmesi gereken, geliştirilecek hususlardan biri, kararların, olgu ve kanıtların etrafıca değerlendirilerek hukukun açık bir dille ifade edilmesini içeren bir gerekçeye bağlanmasıdır. Bu ilke-kalitenin yakalanması, mahkeme ve kararlarına karşı gerekli saygının sağlanması ve korunmasına yaptığı katkı yanında taraflara temyiz başvurusu için yapacakları çalışmada da yardımcı olacaktır. Açık ve doyurucu gerekçeler karşısında; temyiz eden, temyizi, davamın bazı yönleriyle sınırlayarak temyiz sürecinin hızlandırılmasına da katkıda bulunabilecektir.

• Sekizincisi, Yargıtay’a gelen iş sayısının yeterince sınırlandırılması halinde istinaf yerine genişletilmiş temyiz niteliğinde yeterli olabileceği merkezindedir⁽⁹⁾. Bu önermeyi pekiştirir nitelikte ilk derece mahkeme kararlarındaki temyiz oranına yer verilmiştir. Bu oranı saptamak üzere iki ayrı yöntemle başvurulmuştur:

1. Yöntem: İlk derece mahkemelerince verilen kararların Yargıtay’a gelen iş sayısına oranlaması yapılarak saptanan temyiz oranı dağılımı⁽¹⁰⁾ yıllar itibarıyla şöyledir:

(1998-2002)

Yıl	Hukuk %	Ceza %
1998	20.84	9.28
1999	21.20	8.11
2000	22.00	9.05
2001	22.47	9.51
2002	21.98	10.20

2. Yöntem: Hukuk mahkemelerindeki reel temyiz oranını saptamak üzere, ilk derece mahkemelerince verilen kararların Yargıtay Hukuk Dairelerince verilen kararlardan “kabul”, “kısmen kabul, kısmen ret” ile “subut bulmadığından” değerleri toplamının, “ret”, “geri çevirme”, “ilgili daireye” ait değerlerin gelen işlerden çıkartılarak kalanına oranlaması yapıldığında 2002 yılı için (hukuk mahkemelerince verilen karar toplamı 1.064.353, Yargıtay Hukuk Dairelerine gelen iş sayısı da 211.139 alındığında) hukuk işlerinde temyiz oranı % 19.83’ü bulmaktadır.

Ceza mahkemelerindeki reel temyiz oranını saptamak için de, ilk derece mahkemelerindeki değerlerden yalnızca mahkumiyet ve beraat kararları toplamı esas alınarak Yargıtay Başsavcılığına gelen işlerden Yargıtay Ceza Dairelerince “iade”, “ret” ve “ilgili daireye” ait karar sayıları toplamı çıkarıldığında kalan toplama oranlaması yapıldığında 2002 yılı için (ceza mahkemelerince verilen karar toplamı 1.435.103, Yargıtay Başsavcılığına gelen iş sayısı

(9) 1998 yılı içinde karar verilen (hukuk ve ceza) iş sayısı ve oranı dağılımı

Ülke	(a) İlk derece	İstinaf	(b) %	Temyiz	(c) %	b+c/a %
Almanya	3.446.516	273.878	7,9	7.839	2,8	8,1
Avusturya	203.859	37.101	18,1	3.033	8,1	19,6
Fransa	3.474.163	250.603	7,2	27.798	11	8,0
Türkiye(*)	2.499.456			528.620	21,3	21,3

(*) 2002 yılı değerleri

(10) Yargıtay Hukuk Daireleri/ Yargıtay Başsavcılığına gelen kararların ilk derece mahkemelerince verilen tüm kararlara oranlamasıdır.

HFSB 14

33

gösteren merkezlerden, 6 aydan az cezaya hükümlü yüzdesinin 30’dan fazla olduğu Bakırköy, Boğazlayan ve Kartal) sergilemektedir.

Bu farklılık yalnızca seçenек ceza ve tedbirlere özgü olmayıp, tüm yaptırımlar içinde geçerli olmaktadır. Nitekim, 1993 yılına ait seçilmiş metropol adli-yeleri ceza mahkemelerince verilen mahkumiyet kararlarındaki yaptırımların oransal dağılımı, bu görünümü destekler niteliktedir. Şöyle ki;

ADLİYE	Hapis	Para	Hapis & Para	Erteleme	Diğer
İSTANBUL	52.0	33.1	4.4	7.5	3.0
İZMİR	50.9	33.7	3.1	8.5	3.8
KONYA	45.5	26.6	10.8	14.8	2.3
BURSA	43.4	34.4	4.7	13.9	3.6
ANKARA	39.1	40.1	4.5	14.4	1.9
SAMSUN	31.7	45.8	8.3	12.4	1.8
ADANA	25.5	33.3	24.5	14.9	1.8
TRABZON	20.7	39.3	4.6	25.2	10.2
ERZURUM	20.0	57.7	5.0	13.3	4.0
DİYARBAKIR	17.8	50.8	7.8	14.7	8.8
TÜRKİYE	32.6	38.6	6.5	16.7	5.6

• Onbirincisi, hükmedilen yaptırımların bir aldatmaca olmasıdır. Hiç infaz edilmeyen, zamanaşımına uğrayan yaptırımlar yanında (ilamların infazına bk.), çekilen hürriyeti bağlayıcı cezasının genelde hükmedilen ceza ile aynı olmadığıdır. Şartla salıverilme ve çalışma için yapılan aylık özel indirim nedeniyle çekilen ceza önemli ölçüde azalmaktadır. Bu yaklaşım, cezaevlerinde hükümlülerin iyileştirileceğine inanılarak hükümlünün ne zaman salıverileceği hükümde gösterilmeyip, cezanın çekilmesi sürecinde beliren gelişmeye göre belirlenmesi ilkesine dayalı oluşturulmuştur. Ne var ki, hükümlülerin % 99.9 şartla salıverilmesi, kurumun otomatik uygulandığını kanıtlamaktadır. Öte yandan, cezaevlerinin

hükümlülerini etkili bir şekilde iyileştirmeyeceği yargısına karşın şartlı salıverme uygulamasına devam edilmektedir. Bu durumda mevcut uygulama, salıverilecek hükümlünün toplum için tehlike oluşturup oluşturmayacağı konusunda yapılacak bir değerlendirmeye dönüştürülebilir. Yalnız hükümlünün erken salıverilmesindeki şu yarar yadsınamaz: Mahkemelerin potansiyel suçlulara tehdit niteliğinde mesaj vermesine olanak sağlayan uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedebilmesi; buna karşılık hükümlünün bihakkın salıverilme halinde yapılacak harcamadan tasarruf edilmesidir. Bedel – etkinlik irdelemesinde, bedeli ödenmeksizin cezaların genel önleme niteliği güçlendirilebilmektedir.

• Onikincisi, kararların yeterli gerekçeden yoksun olmasıdır. Hukukun mantık ve “iyi duygu” arasındaki çatışmanın bir ürünü oluşuna “gerekçe” olgusunun sağladığı katma değer oldukça önemlidir. Gerekçe ve muhalefet şerhleri kararların sorgulanmasını sağlayan ve hâkimlere rasyonel yargılama gücü sağlayan unsurlar olarak hukukun zenginleşmesine katkıda bulunmakta⁽¹⁵⁾; ilkelere oluşumunu sağlamaktadır. Bu metotların varlık ve etkinliği, sosyal yaşamın diğer alanlarındaki gerekçeli yaşamın varlık derecesiyle de yakından ilintili; demokratik toplumlar için vazgeçilemez bir gerekliliktir. Öte yandan, ilk derece mahkemelerinde hükmün tefhiminde genelde gerekçeye yer verilmediği görülmektedir. Tefhim sürecinde gerekçeye yer verildiği, sanık ikna edildiğinde ceza adaletinin etkinliği için çok şeyler yapılmış olacaktır⁽¹⁶⁾. Yine üçüncü kişilerin bir davayı total olarak inceleme ve algılama olanağı yoktur. Yargıtay Kararlar Dergisi’nde yer alan anlatımın davanın kendisi olmayıp yalnızca ufak bir kısmı, kuyruğu denilebilecek kısmından ibaret olduğudur.

• Onüçüncüsü, Ceza muhakemesindeki tretmanın adilliyedir. Bu sonucu etkileyen nitelikler şunlardır:

1. Hâkimin tarafsız olmak yanında karara dayanak yaptığı “bulgular” hakkında yeterli bilgi sahibi olarak görülmesi;

2. Sujenin, kendi görüşünü sunabilme, “sesini” duyurabilme şansı ve muhakeme sürecinde etkili olabilme imkanı olması; hâkimin duruşmada sunulan

argümanları ciddiye aldığı ve üzerinde kafa yorduğu izlenimini elde etmesi;

3. Muhakeme sırasında sujenin kendisine saygı ve nezaket sınırları içinde davranıldığını hissetmesidir.

Metropol adli-yeleri ceza mahkemelerinde yapılacak basit gözlemlerle iş yükünün stresi altında kalan mahkemelerin ne derece “adil” oldukları kuşkuyla görülmektedir. İş yükü stresi altında bulunan mahkemelere egemen olan fazlaca iş çıkarılmasıdır. Ne var ki, yukarıda sergilenen niteliklerin yoksunluğu sonucu, sujelerin hükmü kabullenme olasılığı zayıflayacaktır. İşte ilk bakışta ceza adaletinin etkinliği doğrultusunda bir izlenim verecek olacak “çıkan iş miktarındaki artış” uzun sürede “başarısızlığa” müncer olacaktır. Muhakeme ilkelerine uyumlu tretman zaman faktörüne bağlı olduğundan standart dışı iş yükü ile çıkan iş oranındaki artış her ilke için gerekli zamandan kismayı gerektirecektir.

Adalet Perisinin gözü bantlı olmanın ötesinde körlüğü de söz konusu olabileceğinden adalet psikolojisi ve adli tıbbın rol ve etkinliği küçümsemeyecek ölçüdedir. Avcılarda saptanan en ufak ayrıntıyı gözleme yeteneği; eğitimle hâkimler içinde sağlanabilir. Bu amaçla duruşma hakimliğine hazırlamak üzere Adalet Akademisinde özel programlar geliştirilmelidir. Ve ancak uçak/gemi kaptanlığında olduğu gibi böyle bir programdan belgeli olanlar hâkimlik yapabilmelidir. Hakimliğin de en az uçak veya gemi kaptanlığı kadar önemli olduğu unutulmamalıdır. Her şeyden önce de, hâkimlerin çok iyi görme ve işitmesini etkileyen rahatsız-

(15) Bilimsel görüşlerin/soyut kuralların olaya ve kişiye uygulanması halinde beliren sakıncalar karşısında gerekli değişim ihtiyacı belirlediği; ve bunun en belirgin kanıtına da Prof. N. Kunter’in eserinde tanık olunmuştur.

(16) E.Allan Lind & Tom R. Tyler. *The Social Psychology of Procedural Justice Plenum, New York, 1988; M.T.Yücel. Adalet Psikolojisi, Ank., 2004.*

lıkları giderilmesi veya teknik destek-ten yararlanması gerektiği bilinmelidir.

• Ondördüncüsü, yasal sonuçları di-
le getiren şu iki deyiş yenilenmelidir: 1) Dura lex, sed lex-Yasa serttir, ama ya-sadır; 2) summum jus summa iniuria, en adil yasa en büyük bir adaletsizlik ola-bilir. Bunu önlemek için hukuk toplum-sal ihtiyaçlara uygun olarak geliştiril-meli ve hukuki gerçeklerin araştırılma-sı, anahtar rolünü almalıdır.

İlke olarak, bir ülkenin tarihi ve ge-leneği göz ardı edilerek yeni kurallar vaz edilemez. Aksi takdirde yozlaşma kaçınılmaz olmaktadır. Aynı derecede halkın mentalitesi ve yaşam biçimi de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu ge-reksinme Montesquieu tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “C’est au legis-lateur à suivre l’esprit de la nation, lors-qu’il n’est pas contraire aux principes du gouvernement; car nous ne faisons rien de mieux que ce que nous faisons librement, et en suivant notre génie na-tural”⁽¹⁷⁾.

Özetle, yasalar yapıldıkları ülkenin mentalitesi, geleneği ve tarihi ışığında vaz edilmeli; halkın kültür ve eğitsel seviyesi de göz önünde bulundurulma-lıdır. Kuşkusuz, eğitsel yasalar eğitim seviyesi yüksek ülkeler ile okur yazar-lık seviyesi düşük olan ülkeler için farklı olacaktır.

Yasa koyucu, her yeni yasa ile yeni bir adalet unsurunu mevcut hukuk sis-

temine eklediğinden, çıkarılan yasalar temel adalet ilkelerine uyum ile haklı-lık kazanmalıdır. Müktesep haklar ihlâl edilmemeli; eşyanın tevzii her ke-sin ihtiyacına ve/ya icraatına göre ya-pılmalıdır. İlâveten, çatışma halindeki menfaatler rasyonel bir temel üzerinde dengelenmelidir. Böylece, farklı men-faatler irdelenirken hiyerarşik sıralama yolunda rasyonel ve demokratik haklı-lık sağlayıcı nitelik üzerinde önemle durulmalıdır⁽¹⁸⁾.

• Onbeşincisi, hukuk kurallarının formüle edilmesinin bir teknik olduğu unutulmamalıdır. Avrupa ülkelerindeki yasama faaliyetinin temel amacı gele-cekteki insan aktivitelerini için güven-lik ve rehberlik sağlamak üzere davra-nışa özgü (uyulması veya uyulmaması-nın sonuçlarını belirterek) genel reçete-ler vaz etmek ve bu bağlamda, insanla-rın hukuki ilişkiye girilebileceği, deği-ş-tirilebileceği veya korunabileceği me-kanizmalar oluşturmaktır. Bu önerme hukuk kurallarından beklenen şu ama-çları telkin eder niteliktedir:

- (1) Kurallar hitap ettikleri kişiler ta-rafından anlaşılmalı;
- (2) Kurallar, açık, net, direkt ve güç-lü bir anlatımla ifade edilmeli;
- (3) Kurallar, kesin olmalı ve ilke ile hususilik arasında doğru dengeyi korur-ken olası davalara kapsayıcı şekilde ka-leme alınmalı⁽¹⁹⁾;

(4) Sade bir şekilde ifade edilmeli; muhtevasında muğlaklığa yer verme-meli;

(5) Yanlış yorumlama veya kötüye kullanıma karşı açık kapı bırakılmamalı;

(6) Diğer kurallarla tamamen uyum-lu bulunmalı;

(7) Geçmişe şamil olmamalı; fizik olarak uyum gösterilmesi imkânsız ol-mamalı;

(8) Halkın dikkatlerine sunulmalı; kolayca erişilebilmeli; ve kullanımı kö-lay olmalı;

(9) Konu hakkında sistematik ve kapsamlı ifadeler sağlamak üzere ku-rallar mantıksal ve düzenli bir şekilde organize edilmeli;

(10) Sokaktaki vatandaşın anlayabi-leceği akıcılıkta ve mükemmellikte ol-malıdır.

• Onaltıncısı, popülist ceza yaklaşı-mının bilimsel gerçekleri göz ardı etti-gidir. Siyasete egemen olan popülist yaklaşımın yakın bir geçmişte ceza hu-kuku alanına da sıçradığına tanık olun-muş ve “popülist ceza” kavramı krimi-noloji’ye yer etmiştir. Bu kavram “yasa koyucuların cezai değerini göz ardı ederek daha ziyade popülarite beklenti-sine dayalı siyasetleri yasalaştırma eği-limine” işaret etmektedir. Ceza siyase-tindeki bu geleneksel yaklaşıma özgü başlıca sakıncalar şöyledir:

1. Girift sorunlara basit çözümler ge-tirilmesi;
2. Sistematik kriminolojik araştırma sonuçları ile tutarsız olması;

3. Gereksiz ıstırap kaynağı olması yanında maddi ve sosyal bedelinin yük-sekliliğidir.

Siyasiler popülist süreçte cezai “si-lahlanma yarışına” kilitlenmekte; her parti seçmenleri arasında popülarite ka-zanmak üzere halkın korunması için ce-zaların daha ağırlaştırılmasını öner-mektedir. A.B.D.’de tavana vuran ce-zai eskalasyon sürecini Avrupa Ülkele-ri ve özellikle Türkiye’nin de kat etme-ğe başladığı görülmektedir.

Medyanın genelde gerçeği yansı-tmayan “suç haberleri” ile pompalanan suç korkusu, yaratılan isterya cezaların ağırlaştırılması doğrultusundaki popü-list bir yaklaşıma yol vermekte ise de, bunun çoğulcu bir bedeli olacağı göz ardı edilmektedir. Ekonomi, trafik veya eğitim konusunda farklı öneriler geti-ren siyasiler rasyonel planlama gereği bu önerilerin maliyeti ile kaynağın nasıl sağlanacağına işaret etmek zorundadırlar. Kuşkusuz, aynı gereklilik suç ve ceza siyaseti bağlamındaki öneriler içinde geçerli olmalıdır. Yalnızca hu-kukun etkinliği ve kamu düzenini iste-mek yeterli görülmemekle, cezaların ağırlaştırılmasının suçta ne kadar azal-ma sağlayacağına ilişkin tahminler ile artan hürriyeti bağlayıcı ceza uygula-masının kamu maliyesine getireceği pa-rasal yükün ne olacağı da ortaya konu-lmalıdır. İşte siyasetin diğer alanları için geçerli olan “hesap sorulması” stan-dartlarının ceza adaleti için de geçerli-ği de facto benimsendiğinde cezaların

(17) Montesquieu, *L’Esprit des Lois*, Livre XIX, Chapitre 5.

(18) Quinney’e göre, “Toplum, konsensüs ve dengeden çok farklılık, çatışma, zorlama ve değişimle karakterize edilmektedir. Hukuk, özel menfaatler ötesinde çalışan bir enstrümandan çok menfaatler etkisiyle oluşan bir olgudur. Hukuk, menfaatleri kontrol altına alabilirse de, bizzat kendisinin özel kişiler ve grupların özel menfaatleri ile yaratılmakta ve ender olarak tüm toplumun ürünü olduğu unutulmamalıdır. Hukuk, men-faatleri kamu siyasetine dönüştürme gücü olan özel menfaatleri temsil eden insanlarca yapılmaktadır. Si-yasetin çoğulculuğu kuramı aksine, toplumdaki farklı menfaatlerin uyumlaştırılmış bir görüntüsü olmak ye-yasetin diğerleri pahasına bazı menfaatleri desteklemektedir.” (R. Quinney, *The Social Reality of Crime*, Bos-ton: Little, Brown, 1970, p. 35). Yasal düzenlemeye özgü yapılan bu değerlendirmenin, ceza hukukunda kla-sikleşen hırsızlık, gasp, ırza geçme ve adam öldürme gibi suçlar dışındaki düzenlemeler için de haklılık pa-yı küçümsenemez.

(19) İlkelerin ağırlık veya önem-boyutu almasına karşılık kuralların bu niteliği yoktur. İlkeler kestiğinde/çar-pıştığında karara verecek kişinin her ilkenin ağırlığını göz önüne alması gerekmektedir.

Diğer bir anlatımla, ne kadar önemli veya ağırlıklı olduğunun saptanması söz konusu olmaktadır. Otomo-bil alımında yapılan sözleşme bağlamında “sözleşme serbestisi” ilkesi ile “tüketicilerin korunması” ilkesi gündeme gelmektedir. Öte yandan, kuralların bir boyutu yoktur. Kuralların ancak işlevsel olarak önemli veya önemsiz olduğu söylenebilir. Davranışı düzenlemek bakımından oldukça önemli bir kuralın diğerin-den daha önemli olduğu belirtilebilirse de, kurallar sisteminde bir kuralın çok önemli olduğuna değinile-rek iki kural çatışması halinde ağırlığı olanın üstünlüğü söz konusu olamaz. Özet olarak, hukuk, kurallar kadar ilkeleri de kapsamaktadır. Davaya karar verilme öncesi kuralın varlığına karşın mahkemenin yeni bir kural benimsemesi ve uygulaması durumunda ilkelere haklılık nedeni olarak yer verilmektedir.

salt ağırlaştırılması yaklaşımının cazibesi önemli ölçüde azalacaktır.

Bu amaçla siyasiler kriminolojik gerçeklerden bilgilendirilmelidir. Farklı seçenekler arasında siyasi tercih yapmak konumunda olan siyasiler olası gerçeklerin leh ve aleyhindekileri açıklamakla yükümlüdürler. Halk onlardan bunu beklemektedir. Bu nedenle, hürriyeti bağlayıcı cezanın ne sağlayabileceği, sınırının ne olabileceği ile tehlikeleri konularında siyasilerin bilinçlendirilmesine yardımcı olunmalıdır. XX. yüzyılın son çeyreğinde ülkemiz cezaevlerinde yaşanan acı gerçekler karşısında kabarık cezaevi nüfusunun ne denli bir bedel ortaya koyduğu unutulmamalıdır. Siyasiler fazlaca "insancılık" ve "topluma yeniden kazandırma" projelerinden etkilenmeseler de, zaman zaman çok normal gibi görünen hürriyeti bağlayıcı cezaya fazlaca başvurulmasının parasal tutarından etkilenebileceklerdir.

• Onyedincisi, Türk ceza siyaseti ve uygulamasında "yolsuzluğun" ne derece önemli olduğunun anlaşılmadığıdır. Yolsuzluk konusunda yapılan suçlamalara karşı, sorunun sistemden kaynaklandığı dile getirilmekte veya bileşik kaplar metaforuna sıkça başvurulduğu görülmektedir. "Sistem" her düzeydeki sorumluluktan kurtulabilmek için dilimize pelesenk ettiğimiz bir maymun-cuk" mazeret sözü haline gelmiştir. Gerçekte sorun, sorunun sistemden

kaynaklandığını söyleyenlerden/ mazeret arayanların iyi niyetli olmamalarından kaynaklanmaktadır⁽²⁰⁾.

Ülkeyi yolsuzluklardan temizlemenin, istenmeyen bir iktisadi bir maliyeti olacak; bozuk ve kirli ilişkilerin doğurabildiği bazı hayırlı sonuçlardan mahrum kalınacak ise de, bu tür ilişkiler yüzünden heba olan ulusal kaynakların miktarı, doğurduğu hayırlı sonuçlardan kat be kat fazla olacaktır. Hukukun de facto üstünlüğü, iktisadın verimini artıracaktır.

• Onsekizincisi, hukuk sosyolojisi öğretiminin nazari kaldığı, ülkemize özgü olgusal araştırmalara yabancı kaldığıdır. Hiç kuşkusuz, ampirik hukuk sosyolojisi, toplum incelemesi olarak hukuk sisteminin araştırılmasında başvurulacak en yetkin bir vasıtaadır. Toplumsal görüntü ile yaşam gerçeğinin ne derece örtüştüğünü saptayarak, negatif ayrıştırıcıları belirleyerek sağlam bir hukuk sisteminin gereklerini ortaya koymakta yardımcı olabilecektir. Ülkemizde hukuksal olgular araştırması Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü dışında, yine sınırlı ölçüde Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi kürsülerinde ele alınmıştır. Bu kürsüler, geleneksel olarak görevlerini, ampirik hukuk araştırmasından ziyade, hukuk felsefesi ile beraber teorik-spekülatif hukuk sosyolojisinin geliştirilmesi olarak algılamışlardır. İşte bu noktada yeni kurulan Adalet Akademi-

(20) Informal davranış modelleri ve yolsuzluk için bk. H. Ökçesiz, "Informal Adalet" Toplum ve Bilim 87, Kış 2000/2001 ss.195-201.E.Bohne, informal davranış biçimleri oluşum ve sıklığı için şu nedenleri orta koymuştur:

1) Yasal hedef açıklamalarının belirsiz/çatışmaya müsait/enformasyon taleplerinin fazlaca olması;
2) Hukuksal biçimselleştirmelere uyma bedelinin yüksek bulunması;
3) İçsel çatışma nedenlerinin çok ve sistem üyeleri için yenilgi "bedeli"nin korkutucu bir nicelik kazanması;
4) Hızlı teknolojik, ekonomik, politik vs. değişimlere tanık olunan yasa alanlarının varlık göstermesi. Ökçesiz, a.g.e. s.197; F.Adaman, A.Çarkoğlu ve B.Şenatalar, Hanehalkı Gözünden Türkiye'de Yolsuzluğun Nedenleri ve Önlenmesine İlişkin Öneriler, İst.:TESEV, 2001; TBMM, Yolsuzlukların...(10/9) Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu Esas No.: A.01.1.Gec.10/9-539 - 19/06/2003.

si'nin bu eksikliği giderici, niteliksel ve niceliksel araştırmaların yapılabilceği bir merkez olması üzerinde ciddi- yetle durulmalıdır.

İşte Devlet mekanizmasının "hukuk" sistemi diye adlandırılan bir yönüne ilişkin koordine edilen faaliyetler bütününe ait sergilediğimiz bu on sekiz saptamada göz önüne aldığımız, bu faaliyetler kompleksinde yer alan kişilerin (legal aktörlerin) iddia ettikleri üzere neler yaptıkları ile gerçekte neler

yaptıkları veya yapmadıkları ve diğer kişilerin (sistem dışındaki aktörlerin) bu kompleksle ve ürünleriyle ilişkilerinde neler yaptıklarıdır. İşte bu soruların yanıtları devlet hukukunun sosyal teorisi olarak adlandırılabilir. On sekiz halkalı bu teorik zincire yeni halkalar eklemek ve bütüne varmak üzere uğraşlarımız devam etmektedir. Sorular çok olmasına çok ama bir buyuru oldukça kesindir: UYAN BAY HUKUK!⁽²¹⁾

(21) M.T.Yücel "Sorular..." Hukuk Sosyolojisi- Hukuk ve Gerçekler, Ank., 2004, ss.214-215.

Küreselleşme Süreci ve Birey Kavramı^(*)

Zeynep Özlem Üskül^(**)

Birey kavramı, ilk defa "individu-um" terimiyle karşımıza Antik Çağ'da çıkmakla beraber, yüzyıllar boyu günümüzdeki anlamından uzak kalmış, Aydınlanma Çağı ile önemli bir içerik kazanmaya başlamıştır ve teknoloji alanındaki ilerlemelere paralel olarak insanlığın gelişmesiyle, kavramın kapsamı da genişlemiştir. Bireycilik modernitenin getirdiği bir kavramdır. Bunun da çok tesadüfi olmadığı tarihsel sürece bakıldığında görülecektir. Üretim araçlarının ortaya çıktığı, herkesin herşeyi yapmak zorunda kalmadığı, işbölümünün yaygınlaştığı bir dönemde, insanların daha fazla bireyci oldukları izlenmektedir. Bütün bu gelişim sonucunda, gelişmiş ülkelerde bireycilik daha fazla izlerini göstermektedir. Ulus-devletin ortaya çıkışı ve kapitalizmin bu sürece olan etkileri açıkça görülmektedir.

Ulus-devlet modeli, yetmişli yılların ortalarına kadar bozulmadan, ama daha toplumsal nitelikli bir kimlik kazanarak varlığını sürdürmüştür.⁽¹⁾ Ulus-devletin varlığını, kapsamını ne SSCB ve onu izleyen diğer sosyalist devletler, ne de iki dünya savaşı arasında ulus-devlet modeli çerçevesinde yükselen otoriter devlet modeli değiştirebilmiştir.

(*) Bu tebliğ, Buke Yayıncılık tarafından yayımlanan Bireyciliğe Tarihsel Bakış (İstanbul, 2003) başlıklı doktora tezinin "Küreselleşme ve Birey Kavramı" altı başlığı altında yer alan açıklamalar esas alınarak ve üzerinde çalışılarak genişletilmek suretiyle hazırlanmıştır.

(**) Yrd. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Kazgan, Gülten; Küreselleşme ve Ulus-Devlet; Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 219.

(2) Timur, Taner; Küreselleşme ve Demokrasi Krizi, İrge Kitabevi, İstanbul, 1996, s. 7.

Ancak, 1980'lerden bu yana teknolojinin, özellikle bilişim teknolojisinin inanılmaz bir hız kazanması, bilginin eskisine oranla daha kolay ve çabuk erişilebilir olması, ekonomik alanda da başdöndürücü değişikliklerin ortaya çıkması, sermayenin ve ticaretin sınır tanınamaya başlaması ile dünya yeni bir kavramla tanışmıştır: Küreselleşme. Ulus-devleti sarsan, dünyadaki bazı dengeleri değiştiren ve daha değiştireceğe benzeyen küreselleşme, yaşamakta olduğumuz bir gerçekliktir. Bu gerçeklik karşısında bireyin alacağı konum henüz çok net değildir. Ancak, yine de küreselleşmenin birey kavramına olan etkisi, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Küreselleşme içinde, "küreyi" ele geçiren gücün, değişik iletişim ağıyla bireyi tutsak edeceği ve bireyselleşmeyi yoke-deceği sorunsalını gündeme gelmiştir. Buna koşut olarak da aşağıda değineceğimiz sorunlar ortaya çıkmıştır.

1) Küreselleşme Nedir?

Küreselleşme kavramı, 1980'lere doğru Harvard, Stanford, Columbia gibi ünlü Amerikan üniversitelerinde kullanılmaya başlanmış, bu çevrenin iktisatçıları tarafından da kullanılarak yaygın bir kabul görmesi sağlanmıştır.⁽²⁾ Küreselleşme

terimi dile yerleştikten sonra, küreselleşmeye karşı olanlar ve küreselleşme yandaşlarının ortaya çıktığı görülmüştür. Günümüzde, bir fikre karşı çıkmak, ileri sürülen tezin çağdaş olmakla, batılılaşma ile ilgisi bulunmadığını kabul ettirmek için bu fikrin küreselleşmeyle bağdaşmadığını söylemek yeterli olacaktır. Bu noktadan bakanlar, küreselleşmeye aykırı bir tez ileri sürenleri muhafazakarlıkla, gelişmeye karşı olmakla suçlayacaklardır. Sol kesimde, küreselleşmeye karşı çıkanların, son dönemlerde ortaya çıkan bu yeni durumun insanlığın hayırına olmadığını, yeni bir sömürü düzeni getirdiğini, kapitalist üretim koşullarında teknolojik gelişmenin her aşamasının, işçiler üzerindeki baskının derinleşmesine yolaçtığını, iletişim ve haberleşmedeki gelişmenin aslında umulanın aksine iletişimsizliği büyüttüğünü, insan haklarından ve demokrasiden daha az söz edildiğini savladıkları görülecektir.⁽³⁾ Ayrıca, muhafazakar kesimin buna eklediği başka eleştiriler de vardır: Onlar da küreselleşmenin ahlaki bir zaaf yarattığını, hızlı sekülerleşme nedeniyle dini açıdan bii-yük günahlara sürüklenebileceğini belirtmektedirler.⁽⁴⁾ Bunun dışında, milli içe-rikli dürtüler nedeniyle karşı çıkanlar da bulunmaktadır. Onlar ise, karşı durmalarının temeli olarak küreselleşme sürecinin ulus-devletin önemini azaltması ve dış müdahalelere olanak tanınmasını ileri sürmektedir.⁽⁵⁾ Ancak, küreselleşme yandaşı olmak kadar, küreselleşme karşıtı olmak da küreselleşme sürecine katkıda

bulunmaktadır.⁽⁶⁾ Küreselleşme karşıtı olanların gösterileri birçok televizyon kanalında yayınlanarak birçok insana ulaşmakta, bu duruma karşı çıkmak da iletişim ağı olarak interneti kullanmaya engel olmamaktadır. Artık, bu olgusal durum öyle bir hal almıştır ki, ona karşı çıkmak dahi onun bir parçası olmayı engellememektedir.

Küreselleşme dalgasının, ilk olarak onbeşinci yüzyılın ikinci yarısından itibaren, bazı Avrupa ülkelerinde deniz ticaretinin gelişmesi sonucu başladığı, bunun sonucunda ulus-devletin ortaya çıktığı belirtilmektedir.⁽⁷⁾ Daha sonra, ikinci dalganın sanayileşmenin ortaya çıkmasıyla geldiği görülmüştür. 1800'lerden sonra sanayinin uluslararası ticaretin gelişmesini hızlandırdığı ve yapısını da dönüştürdüğü izlenmiştir. Burada ele alınacak olan küreselleşme yaşadığımız son dönemi kapsayacaktır.

Ancak, küreselleşme, içinde yaşadığımız bir süreci ifade ettiğinden tam bir tanımla yapılamamaktadır. Üzerinde durulan daha çok ekonomik, siyasal, kültürel, hukuksal boyutları olmaktadır. Tanım yapılamaması, küreselleşme sürecinin tamamlanmamış olması ile açıklanabilir. Ama genel olarak, bu sürecin başta iletişim, bilgi ve ulaşım olmak üzere insani etkileşim biçimlerinin, ticaret ve sermayenin dolaşımı nedeniyle uluslararası coğrafi sınırların önemini yitirmesine yolaçacak şekilde, dünya ölçeğinde hızlı bir şekilde yayılması olduğu söylenebilir.⁽⁸⁾

(3) Başkaya, Fikret; Küreselleşmenin karanlık Bilançosu, Özgür Üniversite Kitaplığı, Ankara, 2002, s. 5-6.

(4) Aydın, Mehmet S.; "Küreselleşmeye Genel Bir Bakış", Küreselleşme, Ufuk Kitapları, İstanbul, 2002, s. 17.

(5) Acar, Mustafa; "Ekonomik, Siyasal ve Sosyo-Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme: Tehdit Mi, Fırsat Mı?", Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002, s. 21.

(6) Coşkun, Vahap; "Küreselleştirme, Özelleştirme ve Cezaevleri", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, Haz.: Hayrettin Okçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003, s. 74.

(7) Uygun, Oktay; "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme", Küreselleşme ve Ulus-Devlet, Yıldız Teknik Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayını, 2001, s. 152.

(8) Erdoğan, Mustafa; "Siyaset ve Hukuk Perspektifinden Küreselleşme", Küreselleşme, Ufuk Kitapları, İstanbul, 2002, s.27.

1980'lerden itibaren ortaya çıkan küreselleşme sürecinde, ulus-devlet modelini yaratan sınıf içinde en güçlü olanları, ulus-devletin sınırlarını, siyasetlerini, gücünü aşmaya başlamıştır. Bunu gerçekleştirirken dünyanın her tarafında, her aracı kullanmaktan geri kalmamışlardır. Böylece, diğer devletleri de küreselleşme sürecine çekmeye çalışmışlardır. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri hükümetlerinin önderliği büyük sermayenin çıkarları doğrultusunda yaptığından kuşku yoktur.

Küreselleşmenin ekonomik açıdan zaten iyi olan ülkelerin zenginliklerine zenginlik kattığı belirtilmektedir.⁽⁹⁾ Ancak, bu durum gelişmekte olan ülkeler için geçerli değildir. Ulus-devlet bu ülkelerde işlevini bitirmediği gibi, gelişmekte olan ülkeler büyük sermayeye sahip gelişmiş ülkeler karşısında daha da zayıf duruma düşmektedirler.⁽¹⁰⁾ Günümüzün gelişmekte olan ülkeleri, zenginleşmelerini sağlayacak kapitalizmin gelişme süreci, Sanayi Devrimi gibi süreçler geride kaldığından refahlarını artırmakta zorluk çekmektedirler. 1980'li yıllardan itibaren dış baskılar, bu ülkelerin önceliklerini değiştirmiştir. Bu ülkelerin öncelikli hedefleri, ekonominin büyümesi olması gerekirken, bunu gerçekleştirmeden küreselleşmenin onlardan talep ettiği özelleştirmeleri yapmak durumunda kalmışlardır. Küreselleşme sürecini yönlendirebilen zengin ülkelerin son sözü söylediği ortamda, ancak onların istediği yönde değişimler gerçekleşebilmekte, gelişmeye çalışan ülkelerde, yoksulların talepleri gözardı

edilmektedir.⁽¹¹⁾ Oysa, gayri safi milli hasıla, nüfus artışının en az 3.5 puan üzerinde olmaması halinde gelir dağılımı adilane bir şekilde düzenlenemez. Bunun, çok önemli sonuçları vardır. Adil bir bölüşüm yapılamadığında, her şeyden önce o ülkede demokrasinin yerleşmesi mümkün olamamaktadır. Ekonomik zorluklar eğitime, sağlığa, sanayiye doğrudan yansımakta ve o ülkenin insanları, diğer güçlü ülkelerle rekabet edecek düzeye bir türlü gelememektedirler. Böyle bir çarkın içerisinde, bireyin haklarından ve özgürlüklerinden de söz etmek pek mümkün olamamakta ya da olsa bile istenen düzeye ulaşılmamaktadır.

1945 sonrası oluşan ve sosyal dayanışmaya dayanan ilkeleri bulunan ulus-devlet, artık gelecek için bir model oluşturmakta yetersiz kalmaktadır.⁽¹²⁾ Geleneksel sosyal haklar anlayışı, ortaya çıkan yeni dışlanma biçimlerine çözüm getirmemektedir. Ulus-devlet, görece homojen toplumların, grupların sınıfların sorunlarını çözmek için iyi örgütlenmiş olabilir. Ancak, küreselleşme ile birlikte ortaya çıkan sorunlar karşısında yeni çözümler bulmakta zorlanmaktadır. Bu da sosyal devletin tarihe karışıyor olmasına neden olmakta, ülke içindeki toplum sınıfları arasındaki dengeleri sarsmakta, işsizliğe çare bulunamamakta, zenginler fakirlerle birlikte yaşamayı istememektedir. Bunun sonucunda, örneğin bir yandan Avrupa Birliği çatısı altında toplanan ülkeleri görürken, diğer yanda Belçika'da, İtalya'da zaten varolan etnik farklılıkla

ra, bir de bölgesel ekonomik dengesizlik eklendiğinde, bu ülkelerin zaman içinde parçalanmaya doğru gittiklerini görmek şaşırtıcı olmayacaktır. Bu noktada, ulus-devletin çok sayıda işlevi birarada yerine getirebildiği hatırlanmalıdır. Bu işlevlerin başında, etnik ya da dinsel kimliği ne olursa olsun, vatandaşlarına olanaklar ölçüsünde iç ve dış saldırılara karşı güvenlik, toplumsal sınıfların ya da etnik-dinsel alt grupların birbirleri karşısında hukuksal eşitlik, adalet sağlamak gelir.⁽¹³⁾ Ekonomik alanda, ulus-devletin, güvenli bir pazar ve ekonominin büyümesini gerçekleştirecek bir ortam yaratmak, buna gerekli katkıları ve hukuki düzenlemeleri yapmak, sosyal devletin kimliğini benimsediği ölçüde vatandaşlarının refahını artırmaya çalışmak da görevleri arasındadır. Küreselleşme ile ulus-devlet modeli zayıflama sürecine girdiği için farklı sorunlar da başgöstermeye başlamıştır.

Devlet, kendi egemenliği içindeki topraklar üzerinde bir yandan teknik olarak temel meseleler hakkında yasa koyabilecek tek organ olduğu halde, küreselleşme nedeniyle bunu kendi başına yapamayacak konuma düşmüştür.⁽¹⁴⁾ Küreselleşme, bu nedenle, dünya işlerinin özünde sınır ve denetim dışı kalmasını, plansız, beklenmedik, kendiliğinden ve olumsuz bir karakter kazanmasını işaret eder. Küreselleşmiş ortama atılmış ulus-devletler de oyunu kendi kurallarına göre oynamak ve kurallarını ihmal edecek olurlarsa, şiddetli bir karşılık görme riskini ya da en iyi

durumda yapacakları işlerin tamamen etkisiz kalması riskini göze almak zorundadırlar.

Bunun yanında, küreselleşmeyi olumlu bir gelişme olarak niteleyenler de vardır. Küreselleşmenin sekülerleşmeyi beraberinde getirdiği, serbest piyasa ekonomisini geliştirdiği, yeni iş sahalarının açılmasına neden olduğu, hukuk alanında bir insan hakları devrimi yaptığı ileri sürülmektedir.⁽¹⁵⁾ Bu sürece uyum sağlamak gerektiği, uyum sağlayamayanların ise bir krize neden olduğu belirtilmektedir. Ancak, Sanayi Devrimi'nde de bu tarz sıkıntılar yaşanmıştır. Ama sonunda, bu görüşü savunanlara göre, Sanayi Devrimi insanlığa nihayetinde daha fazla zenginlik ve özgürlük getirmiştir.⁽¹⁶⁾

2) Küreselleşmenin Birey Kavramı ve Olgusuna Olan Etkisi:

Küreselleşme karşısında sorulacak sorulardan biri de, bu yeni durum karşısında "Birlikte nasıl yaşayacağız?" sorusu olacaktır.⁽¹⁷⁾ Dünyadaki geri kalmış ülkeler gözönüne alındığında herkesin internet kullanmadığını tahmin etmek zor olmayacaktır, ama milli gelirin az olması herhangi bir ülkede kola içilmediği, Brezilya dizilerinin seyredilmediği, modadan bir şekilde etkilenilmediği anlamına gelmemektedir. İngilizce bir yandan dünya dili halin gelirken, dünya bir olmaya doğru giderken, diğer yanda da milliyetçi, etnik unsurlar ön plana çıkmaya başlamaktadır. Bu durumda ne olacaktır?

(9) Ulagay, Osman; "Davos'ta Küreselleşme Korkusu", Küreselleşme Korkusu, Timaş Yayınları, İstanbul, 2001, s. 15.

(10) Kazgan, a.g.e., s. 220-221, Ayrıca, Bu konuda Bkz. Chossudovsky, Michel; Yoksulluğun Küreselleşmesi, Çev.: Neşenur Domanic, Çiviyazıları, İstanbul, 1999, s. 15-18; Yıldızoglu, Ergin, "Globalleşme ve Emperyalizm", Globalleşme ve Kriz, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 78.

(11) Ulagay, a.g.m., s. 15.

(12) Rosanvallon, Pierre; La Nouvelle Question Sociale, Repenser l'Etat-Providence, Seuil, Paris, 1995, s. 197.

(13) Kazgan, a.g.e., s. 243-244.

(14) Bauman, Zygmunt; Siyaset Arayışı, Çev.: Tuncay Birkan, Metis, İstanbul, 1999, s. 200; Eroğlu, a.g.m., s. 32-33.

(15) Aydın, a.g.m., s. 13; Giraud, Pierre-Noël; "Les Politiques Economiques Dans La Globalisation", Etudes, No: 3-389, Ekim, 1998, <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/PNG-Etudes2.pdf> (1.9.2004)

(16) Altan, Mehmet; "Ekonomik Yönlü Küreselleşme", Küreselleşme, Ufuk Kitapları, İstanbul, 2002, s. 76-77.

(17) Touraine, Alain; Pourrons-Nous Vivre Ensemble?, Fayard, Paris, 1997, s. 13.

Ulus-devletin işlevlerini yerine getirememesi ile birlikte farklı toplumları birarada tutma olasılığı azalmaktadır. Bu durum, sonuç olarak toplumsal bir parçalanmaya gidişin ilk adımını oluşturabilir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde yoksullaşma ve marjinalleşme karşısında dayanışma ihtiyacının artmasıyla birlikte alt kimlikler öne çıkmaya başlar. Böylelikle iç karışıklıklar gündeme gelebilir. İşlevini yitiren devlet, televizyon, internet gibi teknolojik olanakların alt kimliklerin dış dünyadan etkilenme oranını artırması karşısında seyirci kalabilir. Alt kimlik de bir grup dayanışması sonucunu böylece rahatlıkla oluşturabilir.⁽¹⁸⁾ Bauman ise, entelektüel çevrelerde komünitaryanizmin popüler ve popülerleştirilmiş çeşitlenmelerinde örneklediği üzere, homojen ve homojenleştirici küresel güçler karşısında kendi kimliklerini yitirme tehdidi altında bulunanların gösterdikleri tepkilerin işe yaramayacağını belirtmektedir.⁽¹⁹⁾ İnsanların, komünitaryanların sözünü ettikleri topluluklara kendilerini ait hissetmeleri gitgide dünyayı bir hapishaneye çevirecektir. Alt kimliklerin güçlenmesi zamanla ırkçılığı da beraberinde getirecektir.⁽²⁰⁾ Herşey küreselleşme sürecine girmişken, terör ve mafia da küreselleşmektedir.⁽²¹⁾ Ancak, küreselleşme yandaşlarına göre, küreselleşme sayesinde benzerliklerin ve farklılıkların daha belirgin hale gelmesiyle, insanlığın ortak kültürel zemi-

ni daha fazla güçlenmektedir.⁽²²⁾ Modernizmin uygulayıcıları genellikle çoğulculuğa, çokkültürlülüğe sıcak bakmamaktadır. Oysa, küreselleşme ile, farklı kültürlerin birarada yaşamaları daha kolay olacaktır. Çünkü, bu kültürler birbirlerini daha yakından tanıma fırsatı bulacaklar ve hoşgörü içinde birlikte varolmanın yollarını bulacaklardır. Ancak yaşanan gerçeğe bakılınca daha çok belli kültürlerin belli alanlarının küreselleştiği görülmektedir. Buna örnek olarak yemek kültürü verilebilir: Çin mutfak, İtalyan mutfaklarının yaygınlaşması gibi.

Toplumsal kurumların çağın gereklerine göre değişmesi, uyum sağlaması olağandır. Teknolojideki, ekonomik olanaklardaki değişiklikler, değerler sistemini ve toplumsal kurumları da etkiler. Bunun en tipik örneklerinden birini Batı toplumlarında aile kurumunun yaşadığı dönüşüm oluşturmaktadır.⁽²³⁾ Ekonomik alanda yaşanan değişim ve herşeyin hız kazanması sonucunda, ailenin işlevi azalmış ve bunun da bireyin günlük yaşamına doğrudan etkisi olmuştur. Bunun dışında, küreselleşmenin getirdiği rekabet ortamı bireyi daha da yalnızlaştırmıştır.⁽²⁴⁾ Devletin korumasından uzak, acımasız bir rekabetin yaşandığı bir alanda varolma savaşına giren birey, küresel normlara uymakta zorlanmaktadır. Modern toplumun bireyselleşmiş insanı kendi geleceğinin dışında insanlığın da geleceğini belirle-

me sorumluluğunun bunaltıcı ağırlığını omuzlarında taşımaya başlamıştır.

Siyasetin, ekonominin ve teknolojinin küreselleşmesi herşeyden önce şu anlama gelir: Demokratik olarak ele alınan yerler dahil, "yerel" ekonomik ve siyasal kararlar, her zaman, bu kararların gerçekleşmesine katılmayan çok fazla kişi ve toplumu ilgilendirir.⁽²⁵⁾ Buna örnek olarak Avrupa Birliği verilebilir. Bu tür ulusalüstü birlikler, zengin ve fakir ülkeler arasındaki çıkar çatışmasını daha üst düzeyde yeniden üretmişlerdir. Bu durumda, birey karar alma sürecine katılmamakta ama sonuçlarına doğrudan katlanmak durumunda kalmaktadır. Örneğin, Fransa'daki bir peynir imalatçısına sorulmadan alınan çiğ süttan peynir yapılamamasına ilişkin Avrupa Birliği ülkelerinin aldığı bir karar, bu tür imalathanelerin kapanması sonucunu doğurabilir, çünkü birçok Fransız peyniri çiğ süttan imal edilmektedir. Avrupa Birliği'nin karar alma süreçleri demokratik denetime kapalıdır. Alınan kararlardan zarar gören kesimler, bu kararları etkileme olanağına sahip değildir.⁽²⁶⁾ Bu durumda, bireyin küreselleşen dünyada yerinin azaldığı sonucuna varılabilir. İnsanın söz sahibi olmadığı bu süreçte otomisinden de söz edilmesi mümkün olamayacaktır. Çözüm ne olabilir? Bu tür durumlarla bundan sonra sık karşılaşılması kaçınılmaz olmayacaktır. Ulusalüstü düzeyde alınan kararlar ile kendi çıkarlarının korunamaması tehlikesi ile karşı karşıya bulunan kitlelerin yerel düzeyde örgütlenerek bir güç oluşturmaları mümkündür.⁽²⁷⁾ Çünkü ulus-dev-

let kapitalizmin olumsuz yanlarını törpülemekte yetersiz kalmaktadır. Böylece, büyük ekonomik bloklar, onları oluşturan ülke halklarının demokratik denetimine tabi siyasi bloklara dönüşmüş olur.

Küreselleşmeye sebep olan teknolojik gelişme de her anlamda olumlu bir gelişme değildir. Özellikle bilişim alanında ileri olan ülkeler, bilgiyi istedikleri kadar ve istedikleri yerlere iletmedirler. Bilginin günümüzde önemli bir silah olduğu düşünülürse, bu konuyu yönlendirebilmek de gücü elinde tutmak anlamına gelebilmektedir. Bireylerin bakış açılarını, yargılarını bilgilendirme yoluyla saptırma olanağı da böylece ellerinde tutulmaktadır. Böyle olunca da, bireyin elindeki verilerle sağlıklı kararlar alması söz konusu olmayabilir. Sağlıklı karar veremeyen birey ise ne kadar özgür olabilir?

Küreselleşmenin kültürel temelde bir benimsemeyi, Batı toplumlarına öykünmeyi getirdiği görülmektedir.⁽²⁸⁾ Bu olgu tüketimcilik olarak adlandırılmaktadır ve ekonomik anlamından farklı, sosyo-kültürel bir anlama sahiptir. Bu, mal ve para gibi toplumsal ve kültürel varlıkların da edinilmesinin vazgeçilmez bir arzu olarak toplumda yerleşmesidir. Bu arzu, o topluma aidiyet duyguları yaratmada, bireylere toplumsal konum sağlamada, kendini bir şekilde var etmede işlevsel bir öneme sahiptir. Bunun sonucu olarak, insanların kim olduğu, tüketim kalıplarına ilişkin sembollere bakılarak belirlenmektedir. Tüketim toplumunun birey üzerindeki etkisini inceleyen Baudrillard, tüketicinin

(18) Kazgan, a.g.e., s. 244. Aydın ise, küreselleşmenin topluluğa ilişkin duyguları azalttığı, toplumsal sorumluluk duygusunu zayıflatıldığını belirtmektedir. Bazı teologların görüşlerine göre, küreselleşen ekonomi inanç ve ahlak dokusuna zarar verecek bir dünyevileştirmeyi beslemektedir. Aydın, a.g.m., s. 17.

(19) Bauman, a.g.e., s. 202.

(20) Akkaya, Rukiye; "Çözülen Sosyal Devlet ve Küreselleşme Olgusu", Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 741; Kazgan, a.g.e., s. 247.

(21) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arıboğan, Deniz Ülke; *Globalleşme Senaryosunun Aktörleri*, Der Yayınları, İstanbul, 1997, s. 233-251.

(22) Aydın, a.g.e., s. 21.

(23) Kazgan, a.g.e., s. 220.

(24) Ulagay, Osman; "Küreselleşme ve İnsanlık Durumu", Küreselleşme Korkusu, Timaş Yayınları, İstanbul, 2001, s. 36.

(25) Wellmer, a.g.m., s. 396.

(26) Uygun, Oktay; "Küreselleşme ve Özgürlük", *Felsefe Tartışmaları*, İstanbul, 2001, s. 103.

(27) Uygun, Oktay; a.g.m., s. 102-103.

(28) Sarıbay, Ali Yaşar; "Kültürel Bir Olgu Olarak Globalleşme", *Küreselleşme, Ufuk Kitapları*, İstanbul, 2002, s. 49.

seçmek zorunda bırakıldığı çirkinlikler diyarının "egemeni" olduğunu söylemektedir.⁽²⁹⁾ Yazara göre, tüketim, ticaret merkezleri ile medya ajanları tarafından teşvik edilen bir yaşam biçimine dönüşmektedir.⁽³⁰⁾ Bu sistem, bu arayışın asla bitmemesi üzerine kurgulanmıştır. Sistemin mantığında, tüketim, eşitlikçi bir dünyada, özgür olarak yaşanabilmesi için bireyci bir ideolojinin arkasına gizlenen kollektif bir eylemdir. Aslında, bu varsayılan eşitlik, kapitalist dünyanın ayrımcı sistemini gizlemektedir. Bu durumda, farklı olma isteğiyle, bir kişilik ve hatta bir imaj yaratma çabasında olan birey, aslında tüm gerçek farklılıklarından, tüm özelliklerinden uzaklaşmış olmaktadır. Kişiselleşmenin mantığı homojen olmaktan geçmektedir. Yapılacak tek şey, küçük detaylarda kendini göstermekten ibarettir, statüyü belirleyen de zaten bu olmaktadır. Medya da, tüketim toplumunu vargücüyle desteklemektedir. Doğal olarak, buna karşı çıkan toplumlar vardır. Onların yapmaya çalıştıkları, küreselleşmeyle gelen bu tüketimciliği reddetmek ve bünyelerine sokmaya çalışmaktır. Yine de İngilizcenin engellenemez yaygınlaşmasına hiçbir dil karşı koyamamaktadır.

Küreselleşmenin bir başka yönü ise, uluslararası hukuk alanında devletler dışında bireyler ve sivil örgütler şeklindeki yeni öznelerin ortaya çıkmasıdır.⁽³¹⁾ Bu örgütlerin bazılarının uluslararası toplum tarafından tanınması son döneme ait bir gelişmedir. Uluslararası örgütler, kimlikler, gruplar yeni bir küresel bilinç oluşmasında önemli bir rol

üstlenmiştir.⁽³²⁾ Bu bilincin uygulamaya yansıdığı noktalarda, ulus-devletin sınırlarını bütünüyle aşan, küresel barış, insan hakları, çevresel ve toplumsal konularda reformlar gibi çeşitli konularda faaliyet gösteren sivil toplumların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu tür sivil toplum örgütlerinin çoğalması bireyin sesini daha kolay bir şekilde duyurması açısından dikkat çekicidir.

Küreselleşmeyle birlikte, özellikle 1980 sonrasında, uluslararası hukuk, uluslararası hukuku da kapsamaya başlamıştır. Bu yeni gelişen hukuk nite-lik itibarıyla, geleneksel uluslararası hukuktan farklıdır. Geleneksel anlayıştan farklı olarak, bireyler doğrudan doğruya uluslararası hukukun öznesi durumundadırlar. Bu hukuk kişilere haklar ve yükümlülükler yükler. Bu duruma örnek olarak Avrupa Topluluğu'nun vatandaşları verilebilir. Bir ülkenin vatandaşları aynı zamanda Avrupa vatandaşlarıdır. Ayrıca, ulusal hukuk düzenlemeleriyle uluslararası düzenlemelerin çatışması halinde AB hukuku öncelikle uygulanacaktır. Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek ise, Birleşmiş Milletler çerçevesinde ve bölgesel düzeyde yapılan yapılan birçok konuyla ilgili olarak uluslararası düzenlemeler yapılmaktadır ve bu gelişmelere paralel olarak, bireylerin savaş suçları, barışa karşı suçlar, insanlığa karşı işlenen suçlar, deniz korsanlığı, köle ticareti, işkence söz konusu olduğunda bireyin iç hukukta aksini öngören hükümler söz konusu olsa bile uluslararası alanda sorumlu tutulmasıdır.⁽³³⁾ Görülmektedir ki, klasik

egemenlik anlayışı parçalanmış ve birey hem vatandaş olduğu devlete karşı, hem de ulusalüstü kuruma karşı yeni konum almak durumunda kalmıştır. Aslında, hukuksal olarak bunun iyi bir yanı da vardır, ülkesinde hak arayan ama tüm hukuk yollarını tüketmesine karşın hakkını elde edemeyen bir vatandaş, ulusalüstü kurumun organlarında hak arayışını sürdürebilir. Ancak, bu gelişme her ülke için geçerli değil olmasa da 80'li yıllardan sonra devletler arasında uluslararası hukukun bağlayıcılığının arttığı, her devletin kendi sisteminin kabul edilmesini istemekten vazgeçtiği, uluslararası mahkemelerin önem kazandığı görülmektedir.⁽³⁴⁾ Bunun dışında, yine sınırlı olarak uygulanabilen bir olumlu gelişme daha vardır. Birleşmiş Milletler'e küresel toplumun temsilcisi olarak, insani amaçlarla devletlerin içişlerine müdahale edebilmesi olanağı getirilmiştir.⁽³⁵⁾ Ulus-devletlerin, egemenliklerini ileri sürerek buna karşı çıkma şansı azalmıştır. Egemenliğin hiçbir devlete insan haklarını çiğneme ve insani yardımı reddetme yetkisi vermediği görüşü yaygınlık kazanmaktadır. Bu gelişmeler, insan haklarına saygıyı ulusal devletlerin bir iç sorunu olmaktan çıkarak küresel toplumun ilgi alanına sokmuştur. Ulus-devletler, sadece uluslararası belgelere imza attıkları için değil, aynı zamanda global toplumun saygın bir üyesi olmak için insan haklarına saygı duymak zorundadırlar.

Görüldüğü gibi, küreselleşme dünyamızı yeni bir sürece sokmuştur. Zaman içerisinde dünyanın tek bir mekan, tek bir toplum haline gelmesi, tek bir yönetimle idare edilmesi mümkün ola-

cak mıdır? Görünüşe göre, böyle bir şey olarsa eğer, bu kapitalizmin eliyle gerçekleşmiş olacak ve Marx'ın ütopyasına çok ilginç bir şekilde ulaşılmış olacaktır. Eğer böyle olursa, dünyadaki insanların kimlik sorunu ne olacaktır? Ben dünyalıyım demek, kimlik sorununu çözecek midir? Tüm bunlar için ancak, varsayımlarda bulunmak mümkündür. Gerçek ise zamanla yaşanarak ortaya çıkacaktır.

Kanımızca, şu an için küreselleşmeyi ve onun nedenlerini hazırlayan bu süreçte önde gibi gözüken Amerika Birleşik Devletleri'nin diğer tarafında bir de Kıta Avrupa'sı vardır. O da Amerika Birleşik Devletleri'nin karşısında birleşerek bir başka güç haline gelmeye çalışmaktadır. Bu nedenle, Amerika Birleşik Devletleri'nin Avrupa karşısında tek başına totaliter bir güç olarak dünyaya hükmetmesi pek mümkün gibi gözükmemektedir.

Kaynakça:

Acar, Mustafa; "Ekonomik, Siyasal ve Sosyo-Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme: Tehdit Mi, Fırsat Mı?" Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002.

Akkaya, Rukiye; "Çözülen Sosyal Devlet ve Küreselleşme Olgusu", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Altan, Mehmet; "Ekonomik Yönüyle Küreselleşme", Küreselleşme, Ufuk Kitapları, İstanbul, 2002.

Arıboğan, Deniz Ülke; Globalleşme Senaryosunun Aktörleri, Der Yayınları, İstanbul, 1997.

(29) Aynı zamanda Bkz. Portenseigne, Gilles; "Une Critique de la Société de Consommation", www.geocities.com/kreatixkaos/SOC_CONSOM.htm, 1996, (10.5.2004).

(30) Baudrillard, Jean; Tüketim Toplumu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1997, s. 15-18, 44.

(31) Erdoğan, a.g.m., s. 36.

(32) Kılıç, Ramazan; "Küreselleşmeyi İnşa Etmek: Egemenliğin Dönüşümü Olarak Küreselleşme", Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002, s. 37.

(33) Gündüz, Aslan; "Globalleşmenin Hukuki Boyutları", Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002, s. 49.

(34) Weckel, Philippe; "La mondialisation du droit", Conférence Sur La Globalisation, Paris, 24/7/2003, <http://mon.orientation.net/v2/n.pl/o/orientation/utls/1/00000000000022%20Philippe%20Weckel>.

(35) Erdoğan, a.g.m., s. 37-38.

seçmek zorunda bırakıldığı çirkinlikler diyarının "egemeni" olduğunu söylemektedir.⁽²⁹⁾ Yazara göre, tüketim, ticaret merkezleri ile medya ajanları tarafından teşvik edilen bir yaşam biçimine dönüşmektedir.⁽³⁰⁾ Bu sistem, bu arayışın asla bitmemesi üzerine kurgulanmıştır. Sistemin mantığında, tüketim, eşitlikçi bir dünyada, özgür olarak yaşanabilmesi için bireyci bir ideolojinin arkasına gizlenen kolektif bir eylemdir. Aslında, bu varsayılan eşitlik, kapitalist dünyanın ayrımcı sistemini gizlemektedir. Bu durumda, farklı olma isteğiyle, bir kişilik ve hatta bir imaj yaratma çabasında olan birey, aslında tüm gerçek farklılıklarından, tüm özelliklerinden uzaklaşmış olmaktadır. Kişiselleşmenin mantığı homojen olmaktan geçmektedir. Yapılacak tek şey, küçük detaylarda kendini göstermekten ibarettir, statüyü belirleyen de zaten bu olmaktadır. Medya da, tüketim toplumunu vargüçüyle desteklemektedir. Doğal olarak, buna karşı çıkan toplumlar vardır. Onların yapmaya çalıştıkları, küreselleşmeyle gelen bu tüketimciliği reddetmek ve bünyelerine sokmama çalışmasıdır. Yine de İngilizcenin engellenemez yaygınlaşmasına hiçbir dil karşı koyamamaktadır.

Küreselleşmenin bir başka yönü ise, uluslararası hukuk alanında devletler dışında bireyler ve sivil örgütler şeklindeki yeni öznelerin ortaya çıkmasıdır.⁽³¹⁾ Bu örgütlerin bazılarının uluslararası toplum tarafından tanınması son döneme ait bir gelişmedir. Uluslararası örgütler, kimlikler, gruplar yeni bir küresel bilinç oluşmasında önemli bir rol

üstlenmiştir.⁽³²⁾ Bu bilincin uygulamaya yansıdığı noktalarda, ulus-devletin sınırlarını bütünüyle aşan, küresel barış, insan hakları, çevresel ve toplumsal konularda reformlar gibi çeşitli konularda faaliyet gösteren sivil toplumların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu tür sivil toplum örgütlerinin çoğalması bireyin sesini daha kolay bir şekilde duyurması açısından dikkat çekicidir.

Küreselleşmeyle birlikte, özellikle 1980 sonrasında, uluslararası hukuk, uluslararası hukuku da kapsamaya başlamıştır. Bu yeni gelişen hukuk nitelik itibarıyla, geleneksel uluslararası hukuktan farklıdır. Geleneksel anlayıştan farklı olarak, bireyler doğrudan doğruya uluslararası hukukun öznesi durumundadırlar. Bu hukuk kişilere haklar ve yükümlülükler yükler. Bu duruma örnek olarak Avrupa Topluluğu'nun vatandaşları verilebilir. Bir ülkenin vatandaşı aynı zamanda Avrupa vatandaşıdır. Ayrıca, ulusal hukuk düzenlemeleriyle uluslararası düzenlemelerin çatışması halinde AB hukuku öncelikle uygulanacaktır. Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek ise, Birleşmiş Milletler çerçevesinde ve bölgesel düzeyde yapılan yapılan birçok konuyla ilgili olarak uluslararası düzenlemeler yapılmaktadır ve bu gelişmelere paralel olarak, bireylerin savaş suçları, barışa karşı suçlar, insanlığa karşı işlenen suçlar, deniz korsanlığı, köle ticareti, işkence söz konusu olduğunda bireyin iç hukukta aksini öngören hükümler söz konusu olsa bile uluslararası alanda sorumlu tutulmasıdır.⁽³³⁾ Görülmektedir ki, klasik

egemenlik anlayışı parçalanmış ve birey hem vatandaşı olduğu devlete karşı, hem de ulusüstü kuruma karşı yenisinden konum almak durumunda kalmıştır. Aslında, hukuksal olarak bunun iyi bir yanı da vardır, ülkesinde hak arayan ama tüm hukuk yollarını tüketmesine karşın hakkını elde edemeyen bir vatandaş, ulusüstü kurumun organlarında hak arayışını sürdürebilir. Ancak, bu gelişme her ülke için geçerli değil olmasa da 80'li yıllardan sonra devletler arasında uluslararası hukukun bağlayıcılığının arttığı, her devletin kendi sisteminin kabul edilmesini istemekten vazgeçtiği, uluslararası mahkemelerin önem kazandığı görülmektedir.⁽³⁴⁾ Bunun dışında, yine sınırlı olarak uygulabilen bir olumlu gelişme daha vardır. Birleşmiş Milletler'e küresel toplumun temsilcisi olarak, insani amaçlarla devletlerin içişlerine müdahale edebilmesi olanağı getirilmiştir.⁽³⁵⁾ Ulus-devletlerin, egemenliklerini ileri sürerek buna karşı çıkma şansı azalmıştır. Egemenliğin hiçbir devlete insan haklarını çiğneme ve insani yardımı reddetme yetkisi vermediği görüşü yaygınlık kazanmaktadır. Bu gelişmeler, insan haklarına saygıyı ulusal devletlerin bir iç sorunu olmaktan çıkararak küresel toplumun ilgi alanına sokmuştur. Ulus-devletler, sadece uluslararası belgelere imza atukları için değil, aynı zamanda global toplumun saygın bir üyesi olmak için insan haklarına saygı duymak zorundadırlar.

Görüldüğü gibi, küreselleşme dünyamızı yeni bir sürece sokmuştur. Zaman içerisinde dünyanın tek bir mekan, tek bir toplum haline gelmesi, tek bir yönetimle idare edilmesi mümkün ola-

cak mıdır? Görünüşe göre, böyle bir şey olacaksa eğer, bu kapitalizmin eliyle gerçekleşmiş olacak ve Marx'ın ütopyasına çok ilginç bir şekilde ulaşılmış olacaktır. Eğer böyle olursa, dünyadaki insanların kimlik sorunu ne olacaktır? Ben dünyahıym demek, kimlik sorununu çözecek midir? Tüm bunlar için ancak, varsayımlarda bulunmak mümkündür. Gerçek ise zamanla yaşanarak ortaya çıkacaktır.

Kanımızca, şu an için küreselleşmeyi ve onun nedenlerini hazırlayan bu süreçte önde gibi gözüken Amerika Birleşik Devletleri'nin diğer tarafında bir de Kıta Avrupa'sı vardır. O da Amerika Birleşik Devletleri'nin karşısında birleşerek bir başka güç haline gelmeye çalışmaktadır. Bu nedenle, Amerika Birleşik Devletleri'nin Avrupa karşısında tek başına totaliter bir güç olarak dünyaya hükmetmesi pek mümkün gibi gözükmemektedir.

Kaynakça:

Acar, Mustafa; "Ekonomik, Siyasal ve Sosyo-Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme: Tehdit Mi, Fırsat Mı?" Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002.

Akkaya, Rukiye; "Çözülen Sosyal Devlet ve Küreselleşme Olgusu", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Altan, Mehmet; "Ekonomik Yönüyle Küreselleşme", Küreselleşme, Ufuk Kitapları, İstanbul, 2002.

Arıboğan, Deniz Ülke; Globalleşme Senaryosunun Aktörleri, Der Yayınları, İstanbul, 1997.

(29) Aynı zamanda Bkz. Portenseigne, Gilles; "Une Critique de la Société de Consommation", www.geocities.com/kreatixkaos/SOC_CONSOM.htm, 1996, (10.5.2004).

(30) Baudrillard, Jean; Tüketim Toplumu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1997, s. 15-18, 44.

(31) Erdoğan, a.g.m., s. 36.

(32) Kılınç, Ramazan; "Küreselleşmeyi İnşa Etmek: Egemenliğin Dönüşümü Olarak Küreselleşme", Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002, s. 37.

(33) Cündüz, Aslan; "Globalleşmenin Hukuki Boyutları", Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002, s. 49.

(34) Weckel, Philippe; "La mondialisation du droit", Conférence Sur La Globalisation, Paris, 24/7/2003, <http://mon.orientation.net/v2/n.pla/orientation/futis/1/000000000000022%20Philippe%20Weckel>.

(35) Erdoğan, a.g.m., s. 37-38.

Aydın, Mehmet S.; "Küreselleşmeye Genel Bir Bakış", Küreselleşme ,Ufuk Kitapları, İstanbul, 2002.

Başkaya, Fikret; Küreselleşmenin karanlık Bilançosu, Özgür Üniversite Kitaplığı, Ankara, 2002.

Baudrillard, Jean; Tüketim Toplumu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1997.

Bauman, Zygmunt; Siyaset Arayışı, Çev.: Tuncay Birkan, Metis, İstanbul, 1999.

Chossudovsky, Michel; Yoksulluğun Küreselleşmesi, Çev.: Neşenur Doğan, Çiviyazıları, İstanbul, 1999.

Coşkun, Vahap; "Küreselleştirme, Özelleştirme ve Cezaevleri", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003.

Erdoğan, Mustafa; "Siyaset ve Hukuk Perspektifinden Küreselleşme", Küreselleşme, Ufuk Kitapları, İstanbul, 2002.

Kazgan, Gülten; Küreselleşme ve Ulus-Devlet; Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002.

Kılınç, Ramazan; "Küreselleşmeyi İnşa Etmek: Egemenliğin Dönüşümü Olarak Küreselleşme", Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002.

Giraud, Pierre-Noël; "Les Politiques Economiques Dans La Globalisation", Etudes, No: 3-389, Ekim, 1998, <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/PNG-Etudes2.pdf> (1.9.2004).

Gündüz, Aslan; "Globalleşmenin Hukuki Boyutları", Liberal Düşünce, Sayı: 25-26, Kış-Bahar 2002.

Portenseigne, Gilles; "Une Critique de la Société de Consommation", www.geocities.com/kreatixka-aos/SOC_CONSOM.htm, 1996, (10.5.2004).

Sarıbay, Ali Yaşar; "Kültürel Bir Olgu Olarak Globalleşme", Küreselleşme ,Ufuk Kitapları, İstanbul, 2002.

Timur, Taner; Küreselleşme ve Demokrasi Krizi, İmge Kitabevi, İstanbul, 1996.

Touraine, Alain; Pourrons-Nous Vivre Ensemble?, Fayard, Paris, 1997.

Ulagay, Osman; "Küreselleşme ve İnsanlık Durumu", Küreselleşme Korkusu, Timaş Yayınları, İstanbul, 2001.

Ulagay, Osman; "Davos'ta Küreselleşme Korkusu", Küreselleşme Korkusu, Timaş Yayınları, İstanbul, 2001.

Uygun, Oktay; "Küreselleşme ve Özgürlük", Felsefe Tartışmaları, İstanbul, 2001.

Uygun, Oktay; "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme", Küreselleşme ve Ulus-Devlet, Yıldız Teknik Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayını, 2001.

Yıldızoğlu, Ergin, "Globalleşme ve Emperyalizm", Globalleşme ve Kriz, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1996.

Weckel, Philippe; "La mondialisation du droit", Conférence Sur La Globalisation, Paris, 24/7/2003, <http://mon.orientati-on.net/v2/n.pl/o/orientati-on/utls/1/00000000000022%20Philippe%20Weckel> (1.9.2004)

Adalet Sistemindeki Sosyal Cinsiyet Farklılıkları

Halime Ünal^(*)

Adalet sisteminin kontrolü altındaki kadınların ve erkeklerin oranları arasında fark olduğu bilinmektedir. Birleşmiş Milletlerin Suç Oranları ve Adalet Sisteminin İşleyişi Sörveyinden elde edilen veriler incelendiğinde hemen hemen her ülkede adalet sisteminin kontrolü altında olan kadınların oranlarının erkeklerin oranlarından küçük olduğu görülmektedir (United Nations Survey of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems.7th Wave). Kadınların oranları küçük olduğu için adalet sistemindeki olası sosyal cinsiyet farklılıkları pek de dikkate alınmaz fakat adalet sisteminde kararlar alınırken kadınlar ve erkekler için olan süreçler ya da bu süreçleri etkileyen faktörlerin farklı olabileceği çeşitli araştırmalarla ortaya konulmuştur (Belknap 2001, Bickle ve Peterson 1991; Boritch ve Hagan 1990; Carlen 1983, 1988, 1998; Chesney-Lind ve Sheldon 1998, Daly 1987, 1989, 1994; Daly ve Brodt 1995; Koons-Witt 2002; Pollock 2002; Steffenmeier, Kramer ve Strerifel 1993). Başka bir deyişle, kadınların adalet sistemi ile karşı karşıya geldikleri anda başlayan serüvenleri erkeklerden daha farklı bir yol izleyebilir. Bir çok araştırmacı kadınlar adalet sistemi ile karşı karşıya geldiklerinde sadece işledikleri suçlar baz alınarak cezalandırılmadıklarını ve adalet sisteminin dışında yer

alan mekanizmaların adalet sisteminin çeşitli aşamalarında alınan kararları etkileyebildikleri görüşünü ileri sürmektedirler (Belknap 2001, Bickle ve Peterson 1991; Carlen 1983, 1998; Chesney-Lind ve Sheldon 1998; Daly 1987, 1989; Daly ve Brodt 1995; Rafter 1990; Zatz 2000). Bundan dolayı, bu çalışma bu faktörlerin neler olabileceğini belirlemeyi amaçlamaktadır.

Adalet sistemindeki sosyal cinsiyet farklılığını açıklamaya çalışan iki görüş vardır. Bu görüşler korumacılık (chivalry ya da paternalism) ve kötü kadın (evil woman) başlıkları altında toplanabilir (Belknap 2001; Bowker 1979; Feinman 1986; Morris 1987; Pollock 2002; Zatz 2000). Korumacılık kadınların erkeklerle karşılaştırıldığında adalet sistemi tarafından daha hafif olarak cezalandırıldıklarını savunur. Adalet sisteminin çeşitli aşamalarında kadınlara karşı korumacı bir anlayışla hareket edilmektedir. Bu anlayışa göre kadınlar daha az eşit ve zayıf korunması gereken varlıklar olarak görülmektedirler (Belknap 2001; Bowker 1979; Morris 1987; Pollock 20002; Zatz 2000).

Kötü kadın görüşünde ise adalet sisteminin kadınları daha ağır cezalandırdığı savunulmaktadır. Kadınların erkeklerle karşılaştırıldığında aynı suçlar için daha ağır cezalar aldıkları vurgulanır. Bu düşüncenin arkasında yatan ne-

(*) Arş. Gör. Dr., Muğla Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi, Sosyoloji Bölümü.

denler ise kadınların sosyal cinsiyet rollerini ve yasaları ihlal eden davranışlar içinde bulunmalarındır. Bundan dolayı kadın suçlular sadece işledikleri suçlar dikkate alınarak değil aynı zamanda toplumda hakim olan sosyal cinsiyet ideolojisi de göz önüne alınarak cezalandırılmaktadırlar (Belknap 2001; Bowker 1979; Morris 1987; Zatz 2000).

Bu iki tartışma bir birlerinin zıttı gibi görünseler de aslında adalet sisteminin işleyişi sırasında meydana gelen sosyal cinsiyet farklılığının iki ayrı boyutunu dile getirmektedirler. Bu iki görüş kadınlar hafif yada ağır cezalandırılırlar adalet sisteminde kadınların erkeklerden farklı şekilde cezalandırıldıklarına dikkat çekmektedirler. Bu alandaki yeni çalışmalarda hafif yada ağır cezalandırılıyor tartışmasını bir kenara bırakarak bu farklı cezalandırmaya yol açabilecek faktörleri araştırmaya başlamışlardır. Araştırmacılar adalet sisteminin işleyişi sırasında meydana gelen sosyal cinsiyet farklılığının toplumdaki diğer mekanizmalardan bağımsız olmadıklarını tartışmaktadırlar. Örneğin Daly (1987, 1989) hangi grup kadınların adalet sistemi tarafından farklı muameleye tabii tutulduğunun açıklanması gerektiğini belirtir. Başka bir deyişle, adalet sistemi hangi grup kadınlara hangi şartlar altında farklı davranmaktadır sorusuna yanıt bulunmalıdır.

Bu çalışmada bu soruya yanıt vermeye çalışılırken toplumdaki sosyal kontrol mekanizmalarının sosyal cinsiyete özel olduğu önerilmektedir (Boritch ve Hagan 1990; Hagan, Simpson ve Gillis 1979; Rafter 1990). Başka bir deyişle, kadınlar ve erkekler farklı sosyal kontrol mekanizmaları tarafından

kontrol edilmektedirler. Bu tartışmayı biraz daha açmamız gerekmektedir. Tarihsel olarak kadınlar daha çok enformel sosyal kontrol mekanizmaları tarafından kontrol edilirken, erkekler daha çok formel ve özellikle de adalet sistemi aracılığıyla kontrol edilmişlerdir. Sosyal cinsiyete bağlı sosyal kontrol mekanizmalarının kökeni endüstrileşme ile başlayan özel ve kamusal alanının ayrılmasına uzanmaktadır. Endüstri devrimi işi evin dışına taşımış, kadını özel alan olan eve yerleştirirken, erkeği kamusal alan olan iş gücünün içine taşımıştır. Erkekler ailenin geçimini sağlayanlar olarak düşünülürken kadınlar da eşine ekonomik olarak bağlı olan ve ev içindeki işlerden sorumlu olan eşler ve anneler olarak görülmüşlerdir (Abromativz 1988; Gordon 1990; Nelson 1990; Walby 1994). Endüstrileşme enformel ve formel sosyal kontrol ajanları arasında büyük bir fark yaratmaya başlamıştır çünkü işin evden kamusal alana taşınmasıyla sosyal kontrolün merkezi olan aile sosyal kontrol fonksiyonunu yitirmeye başlamış ve devletin kurumları bu kontrol fonksiyonunu yerine getirmeye başlamışlardır (Gordon 1990; Walby 1994). Bundan dolayı, kamusal alanda çalışmak için yer alan erkekler, bu devletin kurumları aracılığıyla yapılan kontrole özellikle adalet sisteminin kontrolüne maruz kalırken kadınlar evde aile içindeki enformel sosyal kontrolün hedefleri olmaktadır.

Tabii ki günümüzde erkekler gibi kamusal alanda yer alan kadınların sayıları giderek arttığı için aile içindeki sosyal kontrolün etkisinin azaldığını düşünmek şaşırtıcı değildir. Bundan dolayı, aile içindeki kadının kontrolünü sağlayan özel patriyarka günümüzde et-

kisini kaybetmiştir diye düşünülebilir. Fakat bir çok feminist teoristyen (Brown 1981; Gordon 1990; Nelson 1990; Walby 1994), günümüzde kadınlar üzerinde egemenliğini sürdüren patriyarkanın sadece şekil değiştirerek özelden kamusal alanına geçtiğini ve etkisinin devam ettiğini savunurlar. Bundan dolayı, her ne kadar etkisi azalmış olsa da aile içindeki enformel kontrole beraber kadınlar kamusal alanda da diğer kurumlar örneğin sosyal refah politikaları, akıl sağlığı kurumları, iş gücü pazarı ve adalet sistemi aracılığıyla kontrol edilmektedirler. Başka bir deyişle, kadınlar hem özel alanda hem de kamusal alanda değişik sosyal kontrol mekanizmaları tarafından kontrol edilmektedirler. Özel alanda aile içinde sosyal cinsiyet ilişkileri aracılığıyla kadınlar kontrol edilirken, kamusal alanda değişik mekanizmalarla bu kontrol sağlanmaktadır.

Adalet sistemin kontrolü altındaki kadınlar düşünüldüğünde, adalet sisteminin diğer enformel ve formel sosyal kontrol mekanizmaları ile olan ilişkisi düşünülmelidir. Tarihsel olarak bakıldığında, çoğu zaman adalet sistemi kadınlara yönelik olan sosyal kontrol fonksiyonu sosyal cinsiyette özeldir (Boritch ve Hagan 1990; Colvin 1997; Dobash, Dobash ve Gutteridge 1986; Dodge 1999; Faith 1993; Feeley ve Little 1991; Rafter 1990). Örneğin, Avrupa'da, ABD'de, ve İngiltere'de yapılan tarihsel çalışmalarda, ceza kurumlarının sosyal kontrol fonksiyonlarının belirlenmesinde sosyal cinsiyet ideolojisinin önemli olduğu gösterilmiştir (Boritch ve Hagan 1990; Colvin 1997; Dobash, Dobash ve Gutteridge 1986; Dodge 1999; Giallombardo 1966; Rafter 1990). Bu çalışmalardan

çıkan genel sonuç ceza kurumlarının mahkum kadınlara sosyal cinsiyet rollerine uygun davranmalarını öğrettiğidir. Genellikle aile bağları olmayan, yada ailenin kontrolünden uzak olan kadınlar adalet sisteminin kontrolü altında yer almışlardır. Günümüzde yapılan çalışmalarda da aile içindeki enformel sosyal kontrolün adalet sisteminin işleyişini etkilediği bulunmuştur. Örneğin Kruttschnitt (1982) uygulanan aile içinde enformel sosyal kontrolün oranının adalet sistemi tarafından uygulanan formel sosyal kontrol oranı ile ters orantılı olduğunu savunur. Özellikle erkeklerle kadınlar karşılaştırıldığında kadınlar aile içinde yüksek derecede enformel sosyal kontrole maruz kalırlar. Kadının aile içindeki enformel sosyal kontrolünün ana kaynaklarından biri erkeğe olan ekonomik bağımlılıktır. Bunun yanında, kadının çoğu zamanını diğer aile üyeleri ile geçirmesi ve onların bakımlarında sorumlu olması da enformel sosyal kontrolün başka bir kaynağıdır. Adalet sistemi günlük olarak enformel sosyal kontrole maruz kalan kadınlar üzerinde daha az kontrol uygulama eğilimindedir. Görüldüğü gibi, aile içinde sosyal kontrole maruz kalan kadınlar, sosyal cinsiyet rollerinin çizgisinde hareket etmektedirler. Fakat bu tür sosyal kontrole maruz kalmayan kadınlar, örneğin aile sorumlulukları olmayanlar, sosyal cinsiyet rollerine uygun davranmadıkları düşünüldüğünde, adalet sistemi tarafından daha ağır cezalandırılabilirler.

Sosyal cinsiyet ilişkileri aracılığıyla kadınlara uygulanan enformel sosyal kontrol onların adalet sisteminin kontrolüne maruz kalma olasılıklarını azaltmakla beraber sosyal cinsiyet ilişkilerinin adalet sisteminde karar alma meka-

nizmalarını nasıl ve hangi şartlar altında etkilediği ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Yapılan araştırmalar sadece sosyal cinsiyet ilişkilerine uygun davranmanın adalet sisteminin kontrolünün etkisini azaltmakta yeterli olmadığını sadece belirli bir grup kadınların diğer kadınlardan ve erkeklerden daha avantajlı durumda olduklarını göstermişlerdir (Bickle ve Peterson 1991; Carlen 1983, 1998; Daly 1987, 1989; Daly ve Brodt 1995). Özellikle anne olup olmanın adalet sisteminde alınan kararları etkilediği bulunmuştur. Anne olan kadınlara yönelik korumacılığın arkasında yatan nedenin ailenin bütünlüğünü koruma düşüncesinin yer aldığı ileri sürülmüştür (Daly 1987, 1989; Daly ve Brodt 1995). Kadınlar genellikle aile içindeki çocukların bakımından sorumlu oldukları için anne olan kadınlara ağır cezalar vermek ailenin bütünlüğünü bozacak yada tehlikeye sokacaktı düşüncesinden hareketle anne rolüne uygun davranan kadınlar diğer kadınlara ve erkeklere nazaran daha hafif cezalar alabilmektedirler (Daly 1989). Buradan da anlaşılacağı gibi sosyal cinsiyet rollerine uygun davranmak sadece erkek ve kadınlar arasında ceza almada farklılık yaratmakla kalmıyor aynı zamanda kadınlar arasında da bir farklılık yaratmaktadır.

Öncelikle, kadınlar arasında oluşan farklılığı inceleyelim. Burada vurgulanması gereken nokta mahkemede alınan yasal kararların gruplar hakkında sosyal olarak oluşturulmuş olan stereotiplere bağlı olduklarıdır (Bickle ve Peterson 1991; Zatz 2000). Genel tartışma şu yöndedir mahkemede karar alma mekanizmasında yer alanların evli ve çocuklu olan kadınların evli olmayan ve çocuksuz kadınlara göre daha saygı

değer olarak tanımlamaktadırlar çünkü evli ve çocuklu kadınlar geleneksel sosyal cinsiyet rollerine uymaktadırlar ve buda onların aile aracılığıyla sosyal kontrole maruz kalmalarını sağlamak-tadır. Evli olmayan kadınlar hapis ceza-larına mahkum edilmedikleri takdirde dönebilecekleri dengeli ikili bir ilişki-nin parçası olarak görülmemektedirler. Ataerkil aile bağlamında, evli olmayan kadınlar iki kat daha sapkın olarak algı-lanmaktadırlar ve daha ağır cezalandırı-labilecekleri düşünülmektedir (Daly 1987, 1989).

Bu karar alma mekanizmasında sadece evli ve çocuklu kadınlar ile evli olmayan çocuksuz kadınlar arasında ayırım yapılmamaktadır. Aşlında bu karar alma mekanizmasını biraz daha derinlemesine incelediğimizde bütün evli ve çocuklu kadınların hafif cezalar almamaktadırlar ancak iyi anne olarak tanımlanan kadınların daha hafif ceza aldıkları ortaya çıkmaktadır. Sadece çocuk sahibi olmak kadınlar için hafif ceza almayı beraberinde getirmemektedir. Kadınlar eğer iyi anne olarak nitelendirilmezlerse, o zaman anne olarak sorumluluklarını yerine getirmedikleri düşüncesinden hareketle daha ağır cezalar alabilmektedirler (Bickle ve Peterson 1991; Daly 1987, 1989; Daly ve Brodt 1995).

Sosyal cinsiyet ilişkileri kadınlar arasında adalet sisteminde alınan kararlarda farklılıklar yaratmakla kalmayıp kadınlar ve erkekler arasında da farklar yaratmaktadır. Yapılan araştırmalarda, iyi anne olan kadınlarla sosyal cinsiyet rollerine uygun çizgide davranan erkekler yani iyi eş olan ve ailenin geçimini sağlayan erkekler karşılaştırıldığında, aile kadınlarının aile erkeklerinden daha az ceza aldıkları bulunmuştur

(Daly 1987, 1989). Daha öncede belirtildiği gibi kadınlara karşı uygulanan korumacılık aslında kadınları korumaktan daha çok sosyal bir kurum olan aileyi korumak amaçlıdır. Bu korumacılıkla ailenin parçalanması büyük ölçüde önlenmektedir ve aynı zamanda kadının aile içindeki iş gücü özellikle çocuk bakma ve ailenin diğer bireyleri ile ilgilenme sorumluluğu aile içinde kalmaktadır (Daly 1987, 1989).

Daly bu düşüncenin iki önemli faktörden kaynaklanabileceğini ileri sürmektedir. Birinci neden, kadınların ve erkeklerin ağır cezalara örneğin hapis cezasına çarptırılmalarının farklı ekonomik sonuçlar doğurmasıdır. Erkeklerle ağır yada uzun hapis cezası verildiğinde, erkeğin evin geçimini sağlama sorumluluğu sosyal refah politikaları yoluyla devlet tarafından üstlene bilinir ve aynı zamanda ailenin diğer üyeleri de bu sorumluluğu paylaşabilirler. Fakat kadının aile içindeki ücretsiz işgücünün en önemli sonucu olan çocuk bakma ve yetiştirme fonksiyonlarını doldurmak devlete ekstra mali bir yük getirecektir. Devlet çoğu zaman fonksiyonu çocuk esirgeme yada bakım evleri ile getirecektir. Bu ayırmaktar tıkları ile y lamasının da çıkartılabilir (L

İkinci neden kolojik gelişimleri olduğu ileri sürülmü ve çocukların arasın varımlılığının ve güçlü ortadır. Özellikle sosyal çocuk bakımından birinci rumlu olma görevini kadınlı ği için psikolojik bağın anne

cuklar arasında daha güçlü olduğu varsayılmaktadır. Bundan dolayı, kadınlara ağır cezalar vererek aile içinden ayırmak, çocukların gelişmelerini olumsuz yönde etkileyecektir (Daly 1989). Önemli olan anne ve çocuk arasındaki bağı zedelememektir.

Bu tartışmadan da anlaşılacağı gibi, toplumdaki sosyal cinsiyete özel kontrol mekanizmaları adalet sistemi içinde alınan kararları etkileyerek sosyal cinsiyet farklılıklarının oluşmasına neden olmaktadır. Fakat adalet sistemindeki sosyal cinsiyet farklılıkları sadece karar alma mekanizmaları ile sınırlı değildir. Adalet sisteminin en güçlü kontrol mekanizması olan hapisanelerin işleyişlerinde, sağlanan hizmetlerde de sosyal cinsiyet farklılığı açıkça görülmektedir (Enos 2001; Kurttschnitt, Gartner-Miller 2000; Owen 1998).

Kaynakça
 Brammertz, Mimi. 1990. "The Ori-
 -Channel Welfare State:
 Compensation and Mot-
 Ss.123-151 Women, the
 Welfare Linda Gordon (edi-
 Madison, WI: The University of
 Wisconsin Press.
 Owen, Barbara. 1998. In the Mix:
 Struggle and Survival in a Women's
 Madison.

nizmalarını nasıl ve hangi şartlar altında etkilediği ayrıntılı olarak incelenmelidir. Yapılan araştırmalar sadece sosyal cinsiyet ilişkilerine uygun davranmanın adalet sisteminin kontrolünün etkisini azaltmakta yeterli olmadığını sadece belirli bir grup kadınların diğer kadınlardan ve erkeklerden daha avantajlı durumda olduklarını göstermişlerdir (Bickle ve Peterson 1991; Carlen 1983, 1998; Daly 1987, 1989; Daly ve Brodt 1995). Özellikle anne olup olmanın adalet sisteminde alınan kararları etkilediği bulunmuştur. Anne olan kadınlara yönelik korumacılığın arkasında yatan nedenin ailenin bütünlüğünü koruma düşüncesinin yer aldığı ileri sürülmüştür (Daly 1987, 1989; Daly ve Brodt 1995). Kadınlar genellikle aile içindeki çocukların bakımından sorumlu oldukları için anne olan kadınlara ağır cezalar vermek ailenin bütünlüğünü bozacak yada tehlikeye sokacaktır düşüncesinden hareketle anne rolüne uygun davranan kadınlar diğer kadınlara ve erkeklere nazaran daha hafif cezalar alabilmektedirler (Daly 1989). Buradan da anlaşılacağı gibi sosyal cinsiyet rollerine uygun davranmak sadece erkek ve kadınlar arasında ceza almada farklılık yaratmakla kalmıyor aynı zamanda kadınlar arasında da bir farklılık yaratmaktadır.

Öncelikle, kadınlar arasında oluşan farklılığı inceleyelim. Burada vurgulanması gereken nokta mahkemede alınan yasal kararların gruplar hakkında sosyal olarak oluşturulmuş olan stereo tiplere bağlı olduklarıdır (Bickle ve Peterson 1991; Zatz 2000). Genel tartışma şu yöndedir mahkemede karar alma mekanizmasında yer alanların evli ve çocuklu olan kadınların evli olmayan ve çocuksuz kadınlara göre daha saygı

değer olarak tanımlamaktadırlar çünkü evli ve çocuklu kadınlar geleneksel sosyal cinsiyet rollerine uymaktadırlar ve buda onların aile aracılığıyla sosyal kontrole maruz kalmalarını sağlamaktadır. Evli olmayan kadınlar hapis cezarlarına mahkum edilmedikleri takdirde dönebilecekleri dengeli ikili bir ilişkinin parçası olarak görülmemektedirler. Ataerki aile bağlamında, evli olmayan kadınlar iki kat daha sapkın olarak algılanmaktadırlar ve daha ağır cezalandırılabilirler düşünülmektedir (Daly 1987, 1989).

Bu karar alma mekanizmasında sadece evli ve çocuklu kadınlar ile evli olmayan çocuksuz kadınlar arasında ayırım yapılmamaktadır. Aslında bu karar alma mekanizmasını biraz daha derinlemesine incelediğimizde bütün evli ve çocuklu kadınların hafif cezalar almamaktadırlar ancak iyi anne olarak tanımlanan kadınların daha hafif ceza aldıkları ortaya çıkmaktadır. Sadece çocuk sahibi olmak kadınlar için hafif ceza almayı beraberinde getirmemektedir. Kadınlar eğer iyi anne olarak nitelendirilmezlerse, o zaman anne olarak sorumluluklarını yerine getirmediği düşüncesinden hareketle daha ağır cezalar alabilmektedirler (Bickle ve Peterson 1991; Daly 1987, 1989; Daly ve Brodt 1995).

Sosyal cinsiyet ilişkileri kadınlar arasında adalet sisteminde alınan kararlarda farklılıklar yaratmakla kalmayıp kadınlar ve erkekler arasında da farklar yaratmaktadır. Yapılan araştırmalarda, iyi anne olan kadınlarla sosyal cinsiyet rollerine uygun çizgide davranan erkekler yani iyi eş olan ve ailenin geçimini sağlayan erkekler karşılaştırıldığında, aile kadınlarının aile erkeklerinden daha az ceza aldıkları bulunmuştur

(Daly 1987, 1989). Daha öncede belirtildiği gibi kadınlara karşı uygulanan korumacılık aslında kadınları korumaktan daha çok sosyal bir kurum olan aileyi korumak amaçlıdır. Bu korumacılıkla ailenin parçalanması büyük ölçüde önlenmektedir ve aynı zamanda kadının aile içindeki iş gücü özellikle çocuk bakma ve ailenin diğer bireyleri ile ilgilenme sorumluluğu aile içinde kalmaktadır (Daly 1987, 1989).

Daly bu düşüncenin iki önemli faktörden kaynaklanabileceğini ileri sürmektedir. Birinci neden, kadınların ve erkeklerin ağır cezalara örneğin hapis cezasına çarptırılmalarının farklı ekonomik sonuçlar doğurmasıdır. Erkeklerle ağır yada uzun hapis cezası verildiğinde, erkeğin evin geçimini sağlama sorumluluğu sosyal refah politikaları yoluyla devlet tarafından üstlene bilinir ve aynı zamanda ailenin diğer üyeleri de bu sorumluluğu paylaşabilirler. Fakat kadının aile içindeki ücretsiz işgücünün en önemli sonucu olan çocuk bakma ve yetiştirme fonksiyonlarını doldurmak devlete ekstra mali bir yük getirecektir. Devlet çoğu zaman bu fonksiyonu çocuk esirgeme kurumları yada bakım evleri aracılığıyla yerine getirecektir. Devletin kadını aileden ayırmaktansa, aileye sosyal refah politikaları ile yardım ederek geçimini sağlamanın daha ucuz olabileceği sonucu çıkarılabilir (Daly 1989).

İkinci neden olarak çocukların psikolojik gelişimlerini korumanın önemli olduğu ileri sürülmektedir. Ebeveynler ve çocukların arasındaki bağların devamlılığının ve güçlü olmasının önemi ortadadır. Özellikle sosyal cinsiyet rolleri çocuk bakımından birincil derecede sorumlu olma görevini kadınlara yüklediği için psikolojik bağın anneler ve ço-

cuklar arasında daha güçlü olduğu varsayılmaktadır. Bundan dolayı, kadınlara ağır cezalar vererek aile içinden ayırmak, çocukların gelişmelerini olumsuz yönde etkileyecektir (Daly 1989). Önemli olan anne ve çocuk arasındaki bağı zedelememektir.

Bu tartışmadan da anlaşılacağı gibi, toplumdaki sosyal cinsiyete özel kontrol mekanizmaları adalet sistemi içinde alınan kararları etkileyerek sosyal cinsiyet farklılıklarının oluşmasına neden olmaktadır. Fakat adalet sistemindeki sosyal cinsiyet farklılıkları sadece karar alma mekanizmaları ile sınırlı değildir. Adalet sisteminin en güçlü kontrol mekanizması olan hapishanelerin işleyişlerinde, sağlanan hizmetlerde de sosyal cinsiyet farklılığı açıkça görülmektedir (Enos 2001; Kurttschnitt, Gartner ve Miller 2000; Owen 1998). Örneğin, Kurttschnitt, Gartner ve Miller (2000) çalışmalarında hapishanelerde kadınlar kuralları ihlal ettikleri için daha ağır cezalar aldıklarını göstermişlerdir. Hapishaneler kadınların cinsel istismara uğradıkları mekanlar arasında yer almaktadır. Amerikan hapishanelerinde yapılan çalışmalarda kadın hükümlülerin cinsel istismarın mağdurları oldukları bulunmuştur. Hükümlü kadınlar şikayette bulunduklarında, kamu tarafından "kötü kadın olarak" düşünüldükleri için onların şikayetleri dikkate alınmamaktadır (Kurttschnitt, Gartner ve Miller 2000).

Bu makalede ana olarak enformel sosyal kontrolün adalet sisteminin içinde alınan kararlara etkisi üzerinde durduk fakat toplumdaki adalet sistemi dışındaki formel sosyal kontrol mekanizmalarının etkileri de dikkate alınmalıdır. Örneğin, Garland (1985), Beckett ve Western (2001) sosyal refah sistemi-

nin de toplumda ki sosyal kontrol mekanizmalarından biri olduğunu ve adalet sisteminin işleyişini etkilediğini ileri sürerler. Her ne kadar onlar sosyal refah sistemi ve adalet sistemi arasındaki ilişkiye sosyal cinsiyet bağlamında incelememiş olsalar da, ABD ve Avrupa ülkelerinde sosyal refah sisteminden yardım alanların arasında kadınların çokluğu düşünülürse, adalet sistemindeki sosyal cinsiyet farklılıkları düşünüldüğünde sosyal refah sistemi ve adalet sistemi arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Sosyal refah sistemi gibi toplumdaki diğer formel mekanizmalar ile adalet sistemi arasındaki ilişki incelenerek adalet sistemindeki sosyal cinsiyet farklılığı hakkında daha derin bir anlayışa sahip olabiliriz.

Sonuç olarak, toplumdaki önemli kontrol mekanizmalarından biri olan adalet sistemi içindeki mekanizmalar toplum içinde işleyen diğer mekanizmalardan ve olgulardan bağımsız değildir. Özellikle, sosyal cinsiyet söz konusu olduğunda, adalet sisteminin kontrol fonksiyonunu daha geniş bir perspektifte anlamaya çalışmamız gerekmektedir. Adalet sistemi kadınlar üzerindeki tek kontrol mekanizması değildir, belki de kadınların kontrolünde baş vurulan en son mekanizmadır. Eğer diğer sosyal kontrol mekanizmaları kadınları kontrol etmekte yetersiz kalıyorsa, adalet sisteminin kontrolüne baş vurulmaktadır.

Kaynakça

Abramowitz, Mimi. 1988. *Regulating the Lives of Women: Social Welfare Policy from Colonial Times to the Present*. Boston: South End Press.

Beckett, Katherine ve Bruce Western. 2001. "Governing Social Marginality, Welfare, Incarceration and the

Transformation of State Policy." *Punishment and Society*, 3:43-59.

Belknap, Joanne. 2001. *The Invisible Woman: Gender, Crime and Justice*. California: Wadsworth/ Thomson Learning

Bickle, Gayle S. ve Ruth D. Peterson. 1991. "The Impact of Gender-Based Family Roles on Criminal Sentencing." *Social Problems* 38 (3): 372-393.

Boritch, Helen and John Hagan. 1990. "A Century of Crime in Toronto: Gender, Class, and Patterns of Social Control, 1859 to 1955." *Criminology* 28:567-599.

Bowker, L. 1979. *Women, Crime and Criminal Justice System*. Lexington, MA: Lexington Books.

Brown, Carol. 1981. "Mother, Fathers and Children: From Private to Public Patriarchy." Ss. 239-267 *Women and Revolution: A Discussion of the Unhappy Marriage of Marxism and Feminism* Lydia Sargent (editör). Boston, MA: South End Press.

Carlen, Pat. 1983. *Women's Imprisonment: A Study in Social Control*. London: Routledge and Kegan Paul.

1988. *Women, Crime and Poverty*. Milton Keynes: Open University Press.

1998. *Sledgehammer: Women's Imprisonment at the Millennium*. London: McMillan Press Ltd.

Chesney-Lind, Meda ve Randall Sheldon. 1998. *Girls, Delinquency and Juvenile Justice*.

Belmont, California: Wadsworth Publishing Company.

Colvin, Mark. 1997. *Penitentiaries, Reformatories, and Chain Gang: Social Theory and the History of Punishment in Nineteenth-Century America*. New York: St. Martin's Press.

Daly, Kathleen. 1987. "Structure and Practice of Familial-Based Justice in a Criminal Court." *Criminology* 21:267-290.

1989. "Rethinking Judicial Paternalism: Gender, Work-Family Relations, and Sentencing." *Gender and Society* 3:9-36.

1994. *Gender, Crime and Punishment*. New Haven: Yale University Press.

Daly, Kathleen ve Rebecca Brodt. 1995. "Sex Effects and Sentencing: A Review of the Statistical Literature." *Justice Quarterly*, 12: 143-177.

Dobash, Russell, R. Emerson Dobash, ve Sue Gutteridge. 1986. *The Imprisonment of Women*. Oxford: Basil Blackwell.

Dodge, Mara. 1999. "One Female Prisoner is of more Trouble than Twenty Males: Women Convicts in Illinois Prison, 1835-1896." *Journal of Social History* Sum. : 907-930.

Enos, Sandra. 2001. *Mothering from the Inside: Parenting in a Women's Prison*. Albany, NY: State University of New York.

Faith, Karlene. 1993. *Unruly Women: The Politics of Confinement and Resistance*. Vancouver: Press Gang Publishers.

Feeley, Malcom M. and Deborah L. Little. 1991. "The Vanishing Female: the Decline of Women in the Criminal Process, 1687-1912." *Law and Society Review*. 25:719-757.

Feinman, C. 1986. *Women in the Criminal Justice System*. New York: Praeger.

Garland, David. 1985. *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*. Brookfield, VT: Gower Publishing.

Giallombardo, Rose. 1966. *Society of Women: A Study of a Women's Prison*. New York: Wiley.

Gordon, Linda. 1990. *Women, the State and Welfare*. Madison, WI: The University of Wisconsin Press.

Hagan, John, John H. Simpson, ve A.R. Gillis. 1979. "The Sexual Stratification of Social Control: A Gender-based Perspective on Crime and Delinquency." *British Journal of Sociology* 30:25-38.

Kruttschnitt, Candace. 1982. "Women, Crime and Dependency: An Application of the Theory of Law." *Criminology* 19:49-513.

Kruttschnitt, Candace, Rosemary Gartner, ve Amy Miller. 2000. "Doing Her Own Time? Women's Responses to Prison in the Context of the Old and the New Penology." *Criminology* 38:681-715.

Koons-Witt, Barbara A. 2002. "The Effect of Gender on the Decision to Incarcerate Before and After the Introduction of Sentencing Guidelines." *Criminology*, 40(2): 297-327.

Miller, Dorothy C. 1990. *Women and Social Welfare: A Feminist Analysis*. New York: Praeger.

Morris, Allison. 1987. *Women, Crime and Criminal Justice*. Oxford: Basil Blackwell.

Nelson, Barbara J. 1990. "The Origins of the Two-Channel Welfare State: Workmen's Compensation and Mother's Aid." Ss.123-151 *Women, the State and Welfare* Linda Gordon (editör). Madison, WI: The University of Wisconsin Press.

Owen, Barbara. 1998. *In the Mix: Struggle and Survival in a Women's Prison*.

nin de toplumda ki sosyal kontrol mekanizmalarından biri olduğunu ve adalet sisteminin işleyişini etkilediğini ileri sürerler. Her ne kadar onlar sosyal refah sistemi ve adalet sistemi arasındaki ilişkiye sosyal cinsiyet bağlamında incelememiş olsalar da, ABD ve Avrupa ülkelerinde sosyal refah sisteminden yardım alanların arasında kadınların çokluğu düşünülürse, adalet sistemindeki sosyal cinsiyet farklılıkları düşünüldüğünde sosyal refah sistemi ve adalet sistemi arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Sosyal refah sistemi gibi toplumdaki diğer formel mekanizmalar ile adalet sistemi arasındaki ilişki incelenerek adalet sistemindeki sosyal cinsiyet farklılığı hakkında daha derin bir anlayışa sahip olabiliriz.

Sonuç olarak, toplumdaki önemli kontrol mekanizmalarından biri olan adalet sistemi içindeki mekanizmalar toplum içinde işleyen diğer mekanizmalardan ve olgulardan bağımsız değildir. Özellikle, sosyal cinsiyet söz konusu olduğunda, adalet sisteminin kontrol fonksiyonunu daha geniş bir perspektifte anlamaya çalışmamız gerekmektedir. Adalet sistemi kadınlar üzerindeki tek kontrol mekanizması değildir, belki de kadınların kontrolünde baş vurulan en son mekanizmadır. Eğer diğer sosyal kontrol mekanizmaları kadınları kontrol etmekte yetersiz kalıyorsa, adalet sisteminin kontrolüne baş vurulmaktadır.

Kaynakça

Abramowitz, Mimi. 1988. *Regulating the Lives of Women: Social Welfare Policy from Colonial Times to the Present*. Boston: South End Press.

Beckett, Katherine ve Bruce Western. 2001. "Governing Social Marginality, Welfare, Incarceration and the

Transformation of State Policy." *Punishment and Society*, 3:43-59.

Belknap, Joanne. 2001. *The Invisible Woman: Gender, Crime and Justice*. California: Wadsworth/ Thomson Learning

Bickle, Gayle S. ve Ruth D. Peterson. 1991. "The Impact of Gender-Based Family Roles on Criminal Sentencing." *Social Problems* 38 (3): 372-393.

Boritch, Helen and John Hagan. 1990. "A Century of Crime in Toronto: Gender, Class, and Patterns of Social Control, 1859 to 1955." *Criminology* 28:567-599.

Bowker, L. 1979. *Women, Crime and Criminal Justice System*. Lexington, MA: Lexington Books.

Brown, Carol. 1981. "Mother, Fathers and Children: From Private to Public Patriarchy." Ss. 239-267 *Women and Revolution: A Discussion of the Unhappy Marriage of Marxism and Feminism* Lydia Sargent (editör). Boston, MA: South End Press.

Carlen, Pat. 1983. *Women's Imprisonment: A Study in Social Control*. London: Routledge and Kegan Paul.

1988. *Women, Crime and Poverty*. Milton Keynes: Open University Press.

1998. *Sledgehammer: Women's Imprisonment at the Millennium*. London:McMillan Press Ltd.

Chesney-Lind, Meda ve Randall Sheldon. 1998. *Girls, Delinquency and Juvenile Justice*.

Belmont, California: Wadsworth Publishing Company.

Colvin, Mark. 1997. *Penitentiaries, Reformatories, and Chain Gang: Social Theory and the History of Punishment in Nineteenth-Century America*. New York: St. Martin's Press.

Daly, Kathleen. 1987. "Structure and Practice of Familial-Based Justice in a Criminal Court." *Criminology* 21:267-290.

1989. "Rethinking Judicial Paternalism: Gender, Work-Family Relations, and Sentencing." *Gender and Society* 3:9-36.

1994. *Gender, Crime and Punishment*. New Haven: Yale University Press.

Daly, Kathleen ve Rebecca Brodt. 1995. "Sex Effects and Sentencing: A Review of the Statistical Literature." *Justice Quarterly*, 12: 143-177.

Dobash, Russell, R. Emerson Dobash, ve Sue Gutteridge. 1986. *The Imprisonment of Women*. Oxford: Basil Blackwell.

Dodge, Mara. 1999. "One Female Prisoner is of more Trouble than Twenty Males: Women Convicts in Illinois Prison, 1835-1896." *Journal of Social History* Sum. : 907-930.

Enos, Sandra. 2001. *Mothering from the Inside: Parenting in a Women's Prison*. Albany, NY: State University of New York.

Faith, Karlene. 1993. *Unruly Women: The Politics of Confinement and Resistance*. Vancouver: Press Gang Publishers.

Feeley, Malcom M. and Deborah L. Little. 1991. "The Vanishing Female: the Decline of Women in the Criminal Process, 1687-1912." *Law and Society Review*. 25:719-757.

Feinman, C. 1986. *Women in the Criminal Justice System*. New York: Praeger.

Garland, David. 1985. *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*. Brookfield, VT: Gower Publishing.

Giallombardo, Rose. 1966. *Society of Women: A Study of a Women's Prison*. New York: Wiley.

Gordon, Linda. 1990. *Women, the State and Welfare*. Madison, WI: The University of Wisconsin Press.

Hagan, John, John H. Simpson, ve A.R. Gillis. 1979. "The Sexual Stratification of Social Control: A Gender-based Perspective on Crime and Delinquency." *British Journal of Sociology* 30:25-38.

Kruttschnitt, Candace. 1982. "Women, Crime and Dependency: An Application of the Theory of Law." *Criminology* 19:49-513.

Kruttschnitt, Candace, Rosemary Gartner, ve Amy Miller. 2000. "Doing Her Own Time? Women's Responses to Prison in the Context of the Old and the New Penology." *Criminology* 38:681-715.

Koons-Witt, Barbara A. 2002. "The Effect of Gender on the Decision to Incarcerate Before and After the Introduction of Sentencing Guidelines." *Criminology*, 40(2): 297-327.

Miller, Dorothy C. 1990. *Women and Social Welfare: A Feminist Analysis*. New York: Praeger.

Morris, Allison. 1987. *Women, Crime and Criminal Justice*. Oxford: Basil Blackwell.

Nelson, Barbara J. 1990. "The Origins of the Two-Channel Welfare State: Workmen's Compensation and Mother's Aid." Ss.123-151 *Women, the State and Welfare* Linda Gordon (editör). Madison, WI: The University of Wisconsin Press.

Owen, Barbara. 1998. *In the Mix: Struggle and Survival in a Women's Prison*.

Albany, NY: State University of New York Press.

Pollock, Joycelyn M. 2002. *Women, Prison and Crime*. CA: Wadsworth Thomas Learning.

Rafter, Nicole H. 1990. *Partial Justice: Women, Prisons, and Social Control*. 2ed. New Brunswick: Transaction Publishers.

Steffensmeier, Darrell, John Kramer ve Cathy Sterifel. 1993. "Gender and Imprisonment Decision." *Criminology* 31: 411-446.

United Nations Survey of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems. 7th Wave. United Nations Office on Drugs and Crime

(UNODC) (Online): <http://www.unodc.org/unodc/index.html> New York: United Nations.

Walby, Sylvia, 1994. *Theorizing Patriarchy*. Cambridge, MA: Blackwell Publishing.

Zatz, Marjorie S. 2000. "The Convergence of Race, Ethnicity, Gender and Class on Court

Decisionmaking: Looking Toward the 21st Century" Ss. 503-552 *Criminal Justice 2000 Vol 3: Policies, Processes, and Decisions of the Criminal Justice System*. Julie Horney (editör). Washington D.C.: National Institute of Justice.

Feminist Hukuk Görüşlerinin Analizi

Murat Yüksel^(*)

Giriş

Feminist hukuk kuramında cinsiyet üzerine yapılan tartışmalar liberal, Marksist, kültürel, radikal ve postmodern tüm feminist düşünce teorileri için merkezi önem oluşturmıştır. Cinsiyet üzerine yapılan tartışmaların en önemlisi ise aynılık ya da farklılık tartışmasıdır.

Bu tebliğde genel olarak feminist hukuk kuramındaki cinsiyet üzerine yapılan tartışmalara değinilecek ve feminist düşünce teorilerinin görüşleri analiz edilmek suretiyle bu teorilerin ortak ve farklı yönleri ve bu teorilere getirilen eleştiriler tanıtılmaya çalışılacaktır.

1. Aynılık ya da Farklılık Tartışması

Feminist hukuk kuramında cinsellik üzerine yapılan tartışmalar, kadın erkek aynılığı ya da farklılığı üzerine oturur. Aynılık esasını benimseyen liberal feministler kadın ve erkeğin ontolojik olarak eşit olduğunu ileri sürerek eşit muamele görmesi gerektiğini ileri sürerler. Liberal feministlerin eşitlik yönündeki talepleri aynı zamanda bütün vatandaşlar için hukuksal temelleri olan bir eşitliğe dayanmaktadır. Bu bakışa göre toplumdaki tüm bireylerin ya da grupların sınıf, ırk, etnik ya da dinsel

gibi sosyal kategorilerine bakılmaksızın eşit olduğu kabul edilir⁽¹⁾.

Aynılık esasını benimseyen liberal feministlerin tersine radikal, kültürel ve postmodern feministler ise farklılık esasını benimsemektedir. Bu teoriler kadının erkekten temel olarak farklı olmasına dayanarak farklılığı temel bir söylem haline getirir. Farklılık teorisi kadının biyolojik yapısı ve taşıdığı farklı değer itibarıyla erkekten farklı olması üzerine dayanır. Bu nedenle farklılık esasını benimseyenler kadının özel muamele görmesi gerektiğini ileri sürerler.

Biraz daha detaylandırarak olursak aynılık esasının benimseyenler, temel olarak kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması, cinsiyete dayalı işbölümüne son verilmesi ve böylelikle kadının kamusal alana taşınmasını amaçlar. Bu noktada bir çok feminist özel alanı kadının erkek karşısındaki tabiliğinin nedeni olarak görür ve özel alanı kadının ezildiği bir alan olarak algılar. Ayrıca birçok feminist, özel alanın kadınlar için baskı, şiddet, dayak, tecavüz gibi kötü eylemlerin en temel kaynağı olduğunu ileri sürer. Kadının kamu alanına taşınması ile birlikte kamu alanı kadın ve erkeğin birlikte yer aldığı heterojen bir yapıya kavuşacaktır. Ayrıca kadın bir taraftan kamu alana taşınmakla bir-

(*) Dr. Murat Yüksel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

(1) Bakınız geniş bilgi için Murat Yüksel, *Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri*, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.

likte erkek baskısından ve erkeğe bağlı olmaktan kurtulabilecek, diğer taraftan ise kendini sosyal ve kültürel anlamda gerçekleştirme ve yenileme olanağı bulabilecektir.

Bu noktada aynılık esasını benimseyen feministlere yöneltilen eleştiri ise aynılık esasının kadını erkek değerleriyle bütünleştirmesi diğer bir deyişle kadını erkek kalıplarına sokmasıdır. Bu eleştirilere göre kadın erkek değerlerini benimsemek ve uygulamak suretiyle kadın olmaktan çıkacak bu anlamda kadın kendini asla yenileyemeyecek ve kendi değerlerini topluma sunamayacaktır.

Farklılık esasını benimseyen feministler aynılık esasını kadın açısından bir erkek asimilasyonuna yol açacağını ileri sürerek reddetmiştir. Onlara göre soyut bir kavram olan adalet toplumda eşit bir şekilde dağıtılmamakta kimi zaman bazı kesimlerin lehine, bazılarının ise aleyhine olarak işlemektedir. İşte bu nedenden ötürü farklılık esasını benimseyen feministler adaletin temelini kadınlara farklılığı üzerine kurgulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁽²⁾.

Bununla birlikte farklılık esasını benimseyen feministler hukukun soyut, genel ve evrensel ilkelerine yoğun eleştiri getirerek soyut, genel ve evrensel ilkelerin bireylerin farklılığını gözetmeden standart bir şekilde uygulanmasının bireyler açısından haksızlığa neden olacağını belirtmişlerdir. Yine onlara göre aynılık esasını herkesi aynı statüyü sokmak suretiyle erkek merkezli dünyada kadınların yadsınmasına neden olmaktadır.

Farklılık esasını, erkek merkezli kamusal alana farklı bir söylem, farklı bir

ses ve anlayış getirmek suretiyle bir farklılaşmaya, çoğulculuğa heterojen ve plüralist bir toplum yapısının oluşumuna ve gelişimine katkı sunmaktadır. Bu yönüyle farklılık esasını topluma bir renk ve zenginlik getirmektedir⁽³⁾.

2. Feminist Teorilerin Cinsiyet Açıklamaları

Feminist düşünce teorileri cinsiyet konusuna farklı şekillerde yaklaşarak görüşlerini farklı şekillerde kurgulamışlardır. Yukarıda da değindiğimiz üzere cinsellik tartışması kadın erkek aynılığı ya da farklılığı üzerine oturmuştur. Buna göre liberal feministler eşitlik esasını diğer bir deyişle kadın erkek aynılığı esasını benimserken; kültürel, radikal ve postmodern feminist teoriler ise farklılık esasını benimsemişlerdir.

2.1. Liberal Feminizm ve Eleştirisi

Liberal feminizm yaşamın kamusal alanına kadının etkin olarak girmesini engelleyen, kadının faaliyetini ev içi faaliyetle sınırlayan ve kadını ev ve aile özel alanına sürgün eden hukukun ve hukuksal uygulamaların ortadan kaldırılması üzerine odaklanmıştır. Bu noktada liberal feminizm, kadın haklarına geniş sosyal ve hukuksal reformları etkilemek amacıyla bakar. Kadının kamu alanına girmesi ve özellikle ekonomik hayata katılmasının sağlanması ve böylelikle kadınların ekonomik bağımsızlığına ulaşma arzusu liberal feminizmin temel amaçlarındandır⁽⁴⁾.

Bu anlamda liberal feministler için cinsiyet sorunu teorik olarak problem değildir. Onlar için kadınlara kamu ya-

şamından alıkoyan resmi eşitsizliğin ortadan kaldırılması temel hedeftir.

Liberal düşünce kadını birey olmaktan çok aile içinde ele alarak değerlendirir. Bununla birlikte liberal feministler kadınların erkeklerle aynı hukuki ve sosyal haklara sahip olabilmesi ve eşit bir konumda yer alabilmesi için özel alandan kurtularak kamusal alana taşınması gerektiğine inanır. Bu noktada liberal feministler ayrıca kadınların formel eşitliğe ulaşma anlamında erkeği standart olarak ele almasında sakınca görmeyiz⁽⁵⁾.

Bununla birlikte liberal feminizm ayrıca kadınların katlandıkları ve katlanmayı sürdürdükleri resmi ve maddi eşitsizliklerin hukuk yoluyla ortadan kaldırılmasını hedefler. Bu doğrultuda liberal feminizm hukuktaki ve toplumdaki baskı ve eşitsizlikleri ortaya koymak suretiyle hukuki değişimi sağlamaya çalışır.

Liberal feministlere göre kadınlar için eşitlik öncelikle formel eşitliğe daha sonra ise maddi eşitliğe ulaşmak suretiyle elde edilmelidir. Bunun gerçekleştirilmesi için ise kadınların kamusal alanda yer almaları zorunludur⁽⁶⁾.

Bu noktada liberal feminizme getirilen en büyük eleştiri ise kadın ve erkeğin eşit olduğu varsayımında yer alır. Liberal feminizm kadın ve erkeğin ontolojik olarak eşit olduğunu ileri sürmek suretiyle de kadın cinsiyeti sorununu yadsımıştır⁽⁷⁾. Zira geleneksel olarak iştirilen tek ve etkin ses erkek sesi olduğu ve hatta bu olgunun varlığını halen hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde varlığını sürdürdüğü ileri sürülmüştür⁽⁸⁾. Yine liberal feminizme

getirilen eleştirilerden biri de liberal düşüncenin özel alan kamu alanı ayrımı yaparken liberal çözümlemelerin özel alana ilişkin yeterince detaylı değerlendirmelerde bulunmadığıdır⁽⁹⁾.

Bununla birlikte liberal feminizmin çözümlemelerinde aile yaşamına gerektiği bir şekilde yer vermediği ve özel alan kamusal alan ayrımının liberal feminist anlayışta kadın erkek ayrımı anlamına geldiği ileri sürülmüştür.

2.2. Marksist Sosyalist Feminizm ve Eleştirisi

Marksist-sosyalist feministler cinsiyet sorununun temel bir sorun olmadığına inanır. Sosyalist feministlere göre sınıf esasına dayalı bir toplumda özel mülkiyet ilkesi ve güçsüzlüğün sömürülmesi sonucu kadının erkek eşitliğini sağlamak imkansızdır. Onlara göre kadınlar ekonomik olmayan özel alana sürülmüş ve piyasa koşullarında değersiz kılınmıştır.

Sosyalist feministlere göre kadının erkek karşısındaki ezilmişliğinin nedeni kapitalist ekonomik sistemden kaynaklanır. Bu noktada sosyalist feministler radikal feministlerden ayrılırlar. Zira radikal feministler ileride de değineceğimiz üzere kadının erkek karşısındaki mevcut ikinci sınıf konumunu ataerkil kültürün ideolojik boyutuna bağlamaktadır. İşte radikal feminizmin kadının erkek karşısındaki ezilmişliğinin nedeni olarak öngördüğü ataerkilliğin yerine sosyalist feminizm kapitalizmi koyar. Sosyalist feministlere göre kapitalizm erkeği tarihsel olarak kamusal alanda, kadını ise özel alanda olarak algılamaktadır. Ayrıca sosyalist feminist-

(2) Michael Wolzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York 1983, p. 141-142.
 (3) R. Sunstein, *Polity and Group Difference*, Chicago 1990, p. 121.
 (4) Hilare B. A. Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, London 1998, p. 122.

(5) Barnett, p. 131.

(6) Barnett, p. 127.

(7) Barnett, p. 17.

(8) Barnett, p. 124.

(9) Zillah Eisenstein, *Radical Future of Liberal Feminism*, New York 1981, p. 95.

ler kamusal tüm kurumları reddeden radikal feministlerin tersine kadınların kurtuluşunun kamusal alana açılmakla diğer bir deyişle kadınların kamu kurumlarında ağırlıklı olarak yer almasıyla mümkün olabileceğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca sosyalist feministler radikal feministlerin kadın değerlerini yüceltmesine eleştiri getirmiştir. Zira sosyalist feministlere göre kadın değerlerini yüceltme tavrını benimseyen radikal feministler iktidara talip olmaktadır. Oysa kadınların istediği iktidar değil iktidarın dönüşümüdür. Dolayısıyla sosyalist feministler kadın değerlerini yüceltmeyi değil erkek değerlerini kökten dönüştürmeyi önerirler. Bu noktada sosyalist feministler, liberal feministlerle aynı paralelde yer alırlar⁽¹⁰⁾.

Sosyalist feminizme göre aile, erkeğin tamamen egemen olduğu bir çekirdek birimdir. Onlara göre kapitalizm varlığını ilk olarak çekirdek aile içinde sürdürür. Aile içinde evin yönetimi tamamen erkeğe tahsis edilmiştir. Kadının ev içinde hiçbir şekilde söz hakkı yoktur. Kadın bir nevi erkeğin amaçları için maddeleştirilmiş bir konumdadır. Kapitalist sistemde üretim ilişkisi yeniden üretim ilişkisine baskın olduğu için kadın içinde bulunduğu ikinci sınıf ekonomik konum nedeniyle erkek karşısında pasif bir konumda yer alır. Dolayısıyla erkek, endüstrileşmiş toplumda da hakim konumunu sürdürür. Bu bakımdan kadının erkek karşısındaki ezilmesinin temel nedeni ekonomik faktörler olup, özel alan ve kamusal alan arasındaki ayrım da ekonomik faktörlerin uzantısı olarak belirir.

Sosyalist feministlere göre kapitalizm, dayandığı sınıflı toplumun temel

eşitsizliklerini dikkate almaz. Ayrıca kapitalizm kadınların sadece bireysel farklılıklarını farklı ihtiyaç ve yeteneklerini değil aynı zamanda toplumsal ve ekonomik durumlarındaki mutlak farklılıkları da yadsır. Yine sosyalist feministlere göre kapitalist hukuk sistemi herkesin yasa önünde eşit olduğunu kabul eden genel bir hukuktur, soyuttur ve her durumdaki insana uygulanır. Bu bakımdan, sosyalist feministlere göre kapitalist sistemin öngördüğü yasa önünde eşitlik ilkesinin varlık nedeni eşitsizliği maskeleyektir. Yasa geneldir, dolayısıyla insan olarak işçi ve işveren herkes eşit olduğuna göre yasa onların durumlarındaki eşitsizlikleri dikkate almaz. Bu noktada yasa önünde eşitlik daima bir kavram olarak eşitsizliği yadsımaktadır⁽¹¹⁾.

Sosyalist feministlere göre kadının ezilmesinin sona erdirmek için aile kurumunun ve cinsiyete dayalı işbölümünün ortadan kaldırılması gerekir. Yine sosyalist feministlere göre ailenin yıkılmasının ekonomik temelleri ancak ve ancak sosyalist bir toplumda mümkün olacaktır. Üretimin sosyalleşmesi ailedeki yeniden üretime ihtiyaç doğurmayacak ve ailenin önemi azalacaktır. Bunların gerçekleşmesi için ise kapitalist sistemin sosyalist sistem ile yer değiştirmesi gerekir⁽¹²⁾.

Sosyalist feministlere göre kadının kamu alanında tam bir özgürlüğe kavuşması için kadınların bu alanlardaki rollerini tamamen değişmesi gerekmektedir. Kapitalizm temel olarak kar güdüsü ile hareket ettiği için bu alanlarda daha ucuz çalıştırılma imkanı olan kadın işçi kullanır. Dolayısıyla sosyalist feministlere göre kapitalizm kadın-

ların sömürülmesine dayanır. Bu nedenden ötürü sosyalist feministler için kadınların erkekler tarafından sömürülmesinin önüne geçmek için kadının özel alan içindeki konumunun kesin olarak değişmesi gerekir. Ancak kadınların kamusal alana taşınması liberal feministlerin öngördüğü tarzda değil ataerkillik düşüncesi ve kurumları sorgulayacak ve köklü bir dönüşüm sağlayacak tarzda olmalıdır⁽¹³⁾.

Bununla birlikte sosyalist feminizm kadınlara baskı ve özel mülkiyetin başlangıcı arasındaki ilişkileri tatmin edici bir tarzda adreslemeyi başaramamıştır. Ayrıca sosyalist feminizmin sınıf eşitsizliğini kadınların eşitsizliği ile denk tutması kadın koşullarının gerçekliklerini açıklamada yetersiz kalmıştır. Yine sosyalist feminizmin kadınların üretme girmesinin erkek egemenliğine son vereceği savına itiraz edilmiş ve kadınların ezilmesinin gerçekleştiği yer olarak ailenin yalnızca kapitalizm öncesi dönemin bir mirası olduğu görüşüne karşı çıkmıştır. Ayrıca kadınların ezilmesinin ve cinsel işbölümünün kapitalist üretim ilişkilerini sağlamlaştırdığı görüşü eleştiriye uğramıştır. Bununla birlikte cinsiyete dayalı iş bölümü kapitalizm öncesi de mevcut olup kapitalizm tarafından yaratılmamıştır. Kapitalizm olsa olsa daha güçlü bir cinsiyete dayalı iş bölümü inşa etmiş olabilir⁽¹⁴⁾.

Bununla birlikte geleneksel Marksist yaklaşım kadına yönelik baskıyı yeteri kadar açıklamada başarılı olamamıştır. Ayrıca ataerkillik ve cinsiyet analizlerini açıklamada başarısız olmuştur. Örneğin sosyalist feministler toplumda

ataerkilliğin kökeni olarak gördükleri aile kurumunun kaldırılması gerektiğini savunurken sosyalist toplulukların hiçbirinde aile yok olma aşamasına gelmemiştir. Bilakis sosyalist ülkelerdeki kadın hak ve özgürlüğü kapitalist batı ülkelerinde kadın erkek eşitliği ve özgürlüğünün oldukça gerisinde kalmıştır.

Ayrıca Marksist feminizmin üretim ilişkilerini analiz etmede başarılı olduğu söylenemez⁽¹⁵⁾. Zira Marksistler üretimi ilişkileri analizlerinde ev içi emeğin kapitalist sistemin doğal bir parçası olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yeniden üretim faaliyetleri arasında yer alan ev işi, çocuk doğurma ve büyüme, erkeğin cinsel ve duygusal hizmeti üretimin dışında kabul edilmektedir. Kadınlar tarafından gerçekleştirilen bu tür faaliyetler yan ürün olarak kabul edilmiştir. Bu noktada Marksist feminizm üretim üzerine yoğunlaşmış fakat yeniden üretimi diğer bir deyişle kadın emeğini yadsımıştır. Ayrıca Marksist feministler kadınların erkekler karşısındaki ikinci sınıf konumunu ve kadınların ezilme nedenlerini açıklamada başarılı olamamışlardır. Zira Marksist feministler kadının ezilme nedenini kapitalizmin yükselişine ve emeğin sömürülmesine bağlamışlardır. Oysa bu görüş de temelsizdir. Zira kapitalizm öncesi toplumlar ve sosyalist toplumlar kadınlara ezilmektedir. Dolayısıyla sosyalizmin bu varsayımına dayanarak kadınların ezilme nedenleri açıklanamaz⁽¹⁶⁾. Sonuç olarak Marksizm cinselliği tamamen sınıf konteksi çerçevesinde değerlendiği için yanılgıya düşmüştür. Zira sınıfı yüzeysel bir etmen ola-

(10) Barnett, p. 138.

(11) Juliet Mitchell / Ann Oakley, Kadın ve Eşitlik, Çev. Fatmagül Berkay, İstanbul 1998, p. 29-30.

(12) Smith, p. 5.

(13) Barnett, p. 139.

(14) Barrett, s. 137-138.

(15) Barnett, p. 141.

(16) Barrett, s. 140.

arak değerlendirmek ve bütün kadınları erkeklerin cinsel şiddetine eşit derecede açık olarak görmek yanlıştır. Ayrıca dayak ve tecavüz gibi kadına yönelik şiddet uygulamalarını bütün toplumsal sınıflarda görmek mümkündür⁽¹⁷⁾.

2.3. Kültürel Feminizm

Kadının konumunda siyasal bir değişimden ziyade geniş bir toplumsal ve kültürel dönüşümü hedefleyen düşünceler kültürel feminizm olarak nitelenir. Kadınların eşitliğine ilişkin alternatif bir yaklaşım olarak kültürel feminizm kadınların fiziksel, psikolojik ve sosyal olarak farklılıklarının benimsenmesine dayanır. Bu anlamda kültürel feminizmin siyasal bir amacı yoktur⁽¹⁸⁾.

Kültürel feminist düşüncede kadınlar ve erkekler arasındaki benzerlikler üzerine odaklaşmak yerine kadınların niteliğinden kaynaklanan farklılıklar üzerine odaklaşmak söz konusudur. Bu noktada kültürel feminizm, düşünce hayatına liberal feminizmin temel varsayımı olan kadın hakları görüşünün ötesinde bir perspektif getirir. Bu yönüyle kültürel feminizmdeki en önemli eğilim toplumsal reform eğilimi olarak ortaya çıkar.

Kültürel feminizme göre feminizmin görevi insan topluluklarının temel ideolojisinde bir değişim ve gelişim sağlamak olmalıdır. Fakat bu değişim kültürel temelli ve erkeklerin kadınlar hakkındaki bakış açısını değiştirmeye dönük olmalıdır. Ayrıca kültürel feminizme göre kadının kamusal alana girmeyle siyaset de temizlenecektir.

Liberal feminizm ile kültürel feminizm arasındaki farklar ise derindir. İki görüş arasındaki en önemli fark erkek ve kadının benzer ya da farklı olduğu üzerine dayalıdır. Kültürel feministlere göre liberal feministler kadın ve erkeğin benzer olmalarından dolayı eşit muamele edilmesi gerektiğini ileri sürdükleri için kadın ve erkek arasındaki gerçek fiziksel ve sosyal farklılıkları yadsımıştır. Ayrıca kültürel feministlere göre bu farkların çoğu kadınların aleyhinedir.

Kültürel feministler ile liberal feministler arasında en yoğun tartışma ise kadınların askerliği konusunda olmuştur. Liberal feministler kadın erkek eşitliği nedeniyle kadınların da askerlik yapmaları gerektiğini ileri sürerken, kültürel feministler savaş karşıtı olmaları nedeniyle kadınların askerlik yapması gerekliliğine karşı çıkmışlardır⁽¹⁹⁾.

2.4. Radikal Feminizm

Bütün feminist teorileri içinde sadece radikal feminizm cinsiyet ve cinsel kimlik yapısı üzerine odaklaşmıştır. Radikal feminizm cinsiyetin bir hiyerarşi içinde oluştuğunu ve bu hiyerarşinin erkek hakimiyeti ve kadın tabiiyeti şeklinde somutlaştığını ileri sürer. Ayrıca radikal feminizm kadınların ve erkeklerin temelde farklı düşünce tarzlarına ve yapılarına sahip olduğunu ve kadın düşüncesinin ve perspektifinin toplumun temelini oluşturmasını gerektiğini ileri sürer⁽²⁰⁾.

Radikal feminizm kadınları baskı altına alan ataerkilliği ya da erkek egemenliğini kadınlara yönelik baskının nedeni olarak görür. Radikal feminizm için ataer-

killik anahtar bir kavram olup, bütün analizlerini ataerkillik etrafında yapmaktadır.

Radikal feministlere göre hukuktaki ve toplumdaki kadının tabi olduğu eşitsizliğin nedeni kadının cinsiyetidir. Yani kadının toplumdaki rolünde kadının cinsiyeti doğrudan doğruya etkilidir. Bu noktada kadın cinsiyeti sorunu radikal feminist tartışmaların merkezinde yer alır. Radikal feminizm liberal feminizmin tersine kadının tabi olduğu hukuki eşitsizlikler ortadan kaldırılabilirse bile kadınların eşitliğe ulaşabileceğini kabul etmez. Radikal feminizme göre eşitsizliğin kaynağı ataerkilliği ve kurumlarda ve erkek egemenliğindedir.

Radikal feminizm genel olarak kadınların erkeklerden farklı ve üstün olduğuna dayanır. Bununla birlikte aynılık esasını benimseyen feministlerin tersine radikal feministler kadın cinselliğinin kadınlar için büyük bir avantaj ve zenginlik olduğunu savunmaktadır. Radikal feministlere göre kadın cinselliği ve kadınlık değerleri insanlığın en büyük hazinesi ve değeridir. Bu anlamda radikal feminist perspektif açısından kadın cinselliğini reddeden evrensel kurallar ve soyutlamalar reddedilmelidir.

Sosyalist feministler kadınların toplumdaki ikinci sınıf konumunu ve baskı altına alınışını temel olarak kapitalist sisteme diğer bir deyişle ekonomiye bağlarken, radikal feministler kadının biyolojik yapısına bağlamaktadır. Diğer deyişle radikal feministler kadınların erkeklerle benzerliği değil farklılığı üzerinde dururlar. Radikal feministlere göre kadının biyolojik yapısı ise toplumdaki cinsiyete dayalı ayrımcılığın temel nedenidir. Bu noktada radikal feminizme yöneltilen eleştiri ise radikal feminizmin kadınların ezilmişlik ne-

denlerini açıklama da yetersiz kalmış olmasıdır.

2.5. Postmodern Feminizm

Postmodern feminist düşüncede ise cinsiyet sorunu oldukça karmaşık ve belirsizdir. Genel olarak postmodern feminist düşünce cinsiyet teorilerini içine alan her türlü evrensel düşünce ve teori biçimlerini reddeder. Postmodern feministler kadın cinselliğini bir çıkış noktası olarak ele alarak farklılık olgusunu savunmaktadır.

Postmodern feminizm, modernist bakışa göre hukukun erkek temeline dayalı olduğunu ve modernizmin kadınların dışlanmışlığını sergilemede değersiz bir temel oluşturduğunu kanıtlamaya çalışmıştır⁽²¹⁾. Postmodern feminizm kadınlar arasındaki farklılıklara özellikle cinsel, ırk, etnik köken, kültürel ve sınıf farklılıklar üzerine yoğunlaşarak temel analizlerde bulunur. Postmodern feminizm, modern feminist teorilere ve özellikle liberal feminizme derin eleştiriler getirmiştir.

Postmodern feminizm bütün kadınları kuşatan bir eşitlik teorisinin yanlışı olduğunu ileri sürer. Dolayısıyla postmodern feminizm genel bir kadın kategorisi üzerinde durmaz. Böyle bir kategorinin varsayımsal hayali bir kavram olduğunu iddia eder. Genel geçer evrensel bir kadın kategorisi yerine kadınların birey olarak farklı durumlarının dikkate alındığı beyaz kadın, zenci kadın, lezbiyen kadın gibi değişik kadın kategorilerinin geçerliliğini savunur. Bu yönüyle postmodern feminist görüş plüralisttir⁽²²⁾.

Postmodern feminizm toplumsal cinsiyet gibi soyut kategorilerin değişmez olmadığını sınıf, etnik köken, ırk

(17) Michele Barrett, *Günümüzde Kadına Uygulanan Baskı, Marksist Feminist Çözümlemelerde Sorunlar*, Çev. Şen Süer, İstanbul 1980, s. 49.

(18) Barnett, p. 143.

(19) Barnett, p. 149-150.

(20) Barnett, p. 163.

(21) Judith Grbich, *Feminizm, Law and Society*, Australia 1990, p. 97-98.

(22) Barnett, p. 196-199.

gibi değişkenlerle her zaman değiştirilmeye açık olduğunu varsayar. Bu anlamda postmodern feminizm her türlü genelleştirmelerin ve soyut kuramların reddedilmesine dayanır. Kadınlarla ilgili tek tip değil değişik türde sorunlar söz konusu olabilir. Postmodern feminizm kadınlara ilişkin tüm kuram ve genelleştirmeleri reddetmesi nedeniyle postmodern feminist düşüncede sadece bireysel tekilliklerin meşruluğu kabul edilmeli, tekil farklılıkları yadsıyan kadınlara ilişkin her türlü kuram ve genelleştirme reddedilmelidir. Bu noktada postmodern feminizm ancak göreceli bir çoğulculuğu içerir ve kadın sorunlarıyla ilişkili olarak evrensel doğruların olmayacağını kabul eder. Bu çoğulculuk ile birlikte kadınlarla ilgili yerel özelliklerin de dikkate alınması gerekir. Bu noktada postmodern feminist düşüncede kapsamlı bir kadın kimliği olanağı kapatılmış sayılır. Bu durum bir kadınlar ve grup hareketi, kimliği ve özelliği olan feminist hareket için en sorunlu noktadır. Dolayısıyla postmodern feminizm toplumdaki eşitsiz doğal durumları açıkça ıskalamış olur⁽²³⁾.

Sonuç

Sonuç olarak bütün feminist teorilerin feminizmin çeşitliliğinden dolayı genel bir feminist perspektifi olmadığı dolayısıyla feminist teorilerin toplumdaki bütün kadınları kapsayıcı ortak bir bakış açısını taşımadığı ve gerçekte hiçbir feminist görüşün yeni bir fikir ve yeni bir teori sağlayamadığı ve kuramadığı şeklinde temel bir itiraz ileri sürülmüştür. Bu itiraza göre liberal feminizm liberalizme, marksist-sosyalist feminizm marksizme, postmodern feminizm postmodernizme indirgenmiştir.

Yine feminist hukuk sorunlarının ne olduğu ve bu sorunların çözümü için ne

yapılması gerektiği konusunda hemen hemen bütün teoriler arasında bir uyumsuzluk söz konusudur. Feminist teorilerin her birinin kurduğu farklı teorik çerçeve ve savundukları temel değerler bize farklı gerçeklik tanımları vermektedir. Bugün liberal feministler, kültürel feministler, radikal feministler, marksist sosyalist feministler, zenci feministler, lezbiyen feministler olmak üzere bütün feminist teorileri birleştiren ve diğer teorilerden ayıran tek şey ataerkilliğin reddidir. Bütün diğer teorilerden ayrı olarak sadece feminist teoriler ataerkilliği reddeder. Feminist teoriler arasındaki görüş farklılıklarına rağmen tüm feminist teoriler ataerkilliğin reddi konusunda birleşir.

Ayrıca liberal, radikal, sosyalist, kültürel, postmodern olmak üzere bütün feminist teorilerin geliştirdikleri söylem ve perspektifler temel olarak sivil toplumun oluşumuna kaynaklık edecek niteliktedir. Ancak feminist düşünce teorilerinin sorun olarak gördüğü nedenlerin temel referans noktası ve çözüm önerileri farklılıklar taşır. Liberal feminizm kadınların ezilmişliğinin nedeni olarak toplumdaki sosyal, ekonomik ve hukuki eşitsizlikleri görürken, radikal feminizm kadın bedenini referans almakta ve kadın bedenine ait değerlerin yeniden tanımlanmasını ve değerlendirilmesini temel almaktadır. Sosyalist feminizm ise kadınların ezilme nedeni olarak ekonomik faktörlerin belirleyici olduğunu ileri sürer. Bütün feminist teorilerin ortak paydalarından birisi de kadınların kamusal alana taşınması gerekliliğini ileri sürmeleridir. Böylelikle kadınların kamusal alana değerleri ile taşınmasının sonucu olarak kamusal alan bir farklılığa kavuşacak erkeksi değerlerle kurgulanan kamusal alan dönüşüme uğrayacaktır.

Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları

Halûk Konuralp^(*)

1. Giriş ve adil yargılanma hakkı

2000'li yılların başlarında Usul Hukuku bakımından önemli sayılması gereken bir konu bu alandaki çözüm arayışlarıdır. Bu noktada "Adil Yargılanma Hakkı" kavramsal ve sembolik bir çıkış noktasıdır. Çünkü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) insan haklarına ilişkin metinlerin en gelişmiş ve en nitelikli olarak kabul edilmektedir. Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanan ve bireysel başvuruya ilişkin Türkiye bildiriminin 1987 yılında yapıldığı AİHS'nin 6ncı maddesi ile yargılama hukuku alanında temel bir uluslararası düzenlemenin çerçevesini çizmiştir: "Adil yargılanma hakkı". Söz konusu 6ncı maddenin 1 numaralı bendine göre "Herkes gerek hak ve yükümlülükleri ile ilgili çekişmeler gerek ceza hukuku alanında kendisine karşı isnat edilen suçlamalar hakkında karar verecek olan kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun (adil) ve alenî olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm alenî olarak verilir. Şu kadar ki, demokratik bir toplumda kamu düzeninin ve millî güvenliğin veya (genel) ahlâkın yararına ve küçüklerin ya da davaya taraf olanların korunması veya adaletin selâmetine zarar verebileceği özel hallerde mahkemece zorunlu görülecek ölçüde aleniyet dava süresin-

ce veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir". Söz konusu bu birinci bent hükmü açıkça görüldüğü gibi hem hukuk hem ceza yargısı bakımından ortaktır. Adil yargılanma hakkına ilişkin bu ortak çerçevenin temel unsurları,

- Kanunla kurulmuş bir mahkeme,
- Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme
- Makul bir sürede tamamlanan yargılama
- Hakkaniyete uygun ve alenî yargılama

ait başlıklardan oluşmaktadır. 6ncı madde ile bu unsurlardan sadece aleniyetin belirtilen gerekçelerle sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Aleniyet dışındaki adil yargılanma unsurlarınca sınırlanmasından söz edilmemiştir. Yani kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılama, sınırlanmayacak bir şekilde temel insan hakkı olarak tanımlanmıştır. Makul bir sürede yargılama ve hakkaniyete uygun karar verme unsurları ise nitelikleri gereği daha esnek kavramlardır.

AİHS'ye göre, adil yargılanma hakkının yukarıda sözü edilen unsurlarına özellikle usul hukuku, yani özel hukuk uyumsuzlukları açısından bakıldığında, gerek Anayasa gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki bazı hükümlerle bu unsurların hemen hemen tamamının karşılandığı görülmektedir.

(*) Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Anayasanın, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını düzenleyen 9, 138 ve 139 uncu, duruşmaların alenî olacağına ilişkin 141 inci, mahkemelerin kuruluşunun, görev yetkilerinin kanunla düzenlenmesine ilişkin 142 inci ve nihayet kanunî hâkim ilkesine ilişkin 37 inci maddesindeki düzenlemelerle AİHS'nin 6 ncı maddesindeki adil yargılanma hakkının belli başlı unsurları anayasal düzeyde tanımlanmış olmaktadır. Bu arada, 2001 yılında yapılan kapsamlı Anayasa değişikliği ile adil yargılanma hakkı, 36ncı madde metnine alınmak suretiyle anayasal terminolojiye katılmıştır (Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, b.3, İstanbul 2002 s.59) Öte yandan, HUMK'un 28, 29 ve devamı maddeleri ile hukuk hâkiminin tarafsızlığı, 77 inci maddesi ile yargılamanın süratli yapılması ve 149 uncu maddesi ile yargılamanın alenen gerçekleştirilmesi hususları kanunî düzeyde düzenlenmiştir.

Burada yargılamanın aleniyeti konusuna kısaca değinmek gerekir. Aslında alenî yargılama, yargılamanın tarafsız yapıldığının bir denetim unsurudur. Ancak, konuya yargı medya ilişkisi açısından bakıldığında medyanın yoğun ilgisini çeken davalarda, yargısal davranışçılık açısından "çekingenlik" faktörünü harekete geçirebileceğini de hatırlamak gerekir.

Ancak, bütün bu düzenlemelere rağmen, AİHS'de ifadesini bulan adil yargılanma hakkını tam olarak karşıladığı konusunda bazı duraksamaları ifade eden görüş ve değerlendirilmelerin de bulunduğu işaret etmek gerekir. Gerçekten kavramsal olarak, açıkça adil yargılanma hakkından söz eden bir

Anayasa hükmü, 2001 yılı değişikliğine kadar bulunmamaktaydı. Ne var ki bu şekilde açık ve doğrudan bir Anayasa hükmünün bulunmadığından yola çıkarak, Türk yargılama sistemi bakımından adil yargılanma hakkının tanınmadığını söylemek, değişiklik öncesi dönem bakımından da gerçekçi değildi. Gerek anayasal düzeyde gerek kanunî düzeyde adil yargılanma hakkının münferit unsurlarının ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olması, Türkiye Cumhuriyetinin temelde adil yargılanma hakkını ihtiva eden bir yargılama düzeyini benimsediğini açıkça ortaya koymaktadır.

Bu husus, hiç değilse hukuk usulü - özel hukuk uyumsuzlukları bakımından kabul edilebilecek önermedir.

2. Hukuk, özellikle yargılama hukuku açısından toplumsal geleceğimiz ve bazı ihtiyaçlar

Yargılama hukuku alanında gelecek dönemin ihtiyaçlarını tasarlayıp, esnek hukukî anlayışlar üretebilmek için hareket noktası, bütün insanlığı olduğu gibi Türkiye'yi de bekleyen geleceğin şimdiden görülebilen özelliklerini saptamak olmalıdır. 21inci yüzyılın yani yakın geleceğin toplumu, şehirleşmeyi hızla sürdüren, haberleşmenin ve ulaştırmanın daha da geliştiği, yaşam ortalamasının yükseldiği, ekonomik ilişkilerin arttığı ve yoğunlaştığı; kimi zaman hızlandığı, zaman zaman da krizler yaşandığı, tüketim eğilimlerinin arttığı bir toplum olacaktır. Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeleri ise tahmin etmek kolay değildir. Bütün bu gelişim ve değişimlerin ise insanlar arasındaki ilişkileri ve buna bağlı olarak anlaşmazlık ve uyumsuzlukları çeşitlendireceği ve arttıracığı da ortadadır.

Tüketim ilişkilerinin artması Tüketici Hukukunun yavaş da olsa gelişmesi sonucunu doğurmaktadır. Bunun sonucunda ise, bu alandaki uyumsuzluklar günümüzdekinden farklı bir artış sergileyecektir. Bu alanda geleceğe yönelik bir uyumsuzluk çözümü anlayışı geliştirilmezse, "günümüzün koşullarına göre" kurulmuş tüketici mahkemeleri, sistemin bir parçası olan Tüketici Sorunları Hakem Heyetleriyle birlikte, boyutları ve yargılama sistemi ile (basit yargılama usulü), beklenen çözümleri üretmekte güçlük çekeceklerdir.

Ulaştırmanın ve haberleşmenin gelişimi eskiye kıyasla sık yer değiştiren bir insan tipini ortaya koymaktadır. Kişilerin "nüfusa kayıtlı oldukları" yer kavramı büyük ölçüde önemini kaybedecektir. Aslında, bu değişim bugün iç göçün etkisiyle çoktan başlamıştır. Bugün bir çok çocuk ve genç hiç görmedikleri bir yer olan "babalarının nüfusuna kayıtlıdır". Yargılama hukuku açısından özellikle tebligat ve mahkemelerin yetkisi konusunda, yer değiştirmeye bağlı sorunlar yaşanacağı açıktır.

Şehirlerde, özellikle büyük şehirlerde nüfus yoğunlaşmasının bir sonucu olarak, kat mülkiyeti, ortak kullanım alanları, kiracı-kiralayan ilişkileri ve konut işletme kooperatifleri konularında uyumsuzluklar artmaktadır. Özellikle toplumsal barış kavramı ile çok yakından ilgili bu tür uyumsuzlukların çözümü daha büyük bir önem kazanacaktır.

İletişimde meydana gelen değişiklikler ve bankacılık sektörünün getireceği yenilikler daha bugünden hissedilen elektronik uyumsuzlukları ve "plastik para" (kredi kartı vb.) uyumsuzluklarını gündeme getirmektedir. Aslında bu kanunun iki boyutu bulunmaktadır: Banka kartlarına ve kredi kartlarına ilişkin

kanunî düzenlemenin henüz yapılmamış oluşu ve sürdürülmekte olan e-imza / e- devlet yaklaşımı.

Tıp ve biyoloji alanında kısa zamanda kat edilen büyük mesafe ise, babalık davası ve benzeri nesep uyumsuzluklarında geleneksel delil anlayışını daha şimdiden ve temelinden zorlamaya başlamıştır.

3. Yaşlanan hukuk kuralları ve hukuk kurallarının oluşturulma süreci

Aslında hukuk kuralları her zaman eski olmak durumundadır. Bir çok hukuk kuralı gibi usul hukukuna ilişkin kurallar da bir süre uygulandıktan sonra eski hale gelirler ve değiştirilip yenilenmeleri gerekir. Fakat 20nci yüzyılın son yarısında toplumsal değişim ve gelişim o ölçüde hızlanmıştır ki geleneksel anlayışa göre yapılan reformların ömrü 10-15 yılı geçmemektedir. İçinde bulunduğumuz 21inci yüzyılda gelişim ve değişim ivmesinin artacağı gerçeği de göz önüne alınırsa, reform ihtiyacının en çok 10 yılda bir hissedileceğini söylemek pek yanlış olmaz. 19uncu Yüzyıl sonlarında Avrupa'da büyük kanunlaştırma hareketleri gerçekleştirilirken, bu kanunları hazırlayanların çok vakitleri varmış. Bu kanunları hazırlayan hukukçular Almanya'da veya İsviçre'de uzun yıllar çalışarak kimilerine göre "harika eserler" oluşturmuşlar. Ancak bugün durum yüz yıl öncesinden çok farklı. Yüksek gelişim ve değişim hızı hukukçulara "büyük kanunlar" hazırlamaları için 20-30 yıllık süreler tanımıyor. Yeni ihtiyaçlar çok hızlı bir biçimde ortaya çıkıyor ve hemen çözüm bekliyorlar. Burada, eldeki eski düzenlemelerle yeni çözümler üretme gereği ortaya çıkıyor.

Aslında önümüzdeki dönemde meydana gelebilecek gelişmeleri tahmin yolu ile belirlemek mümkün değildir. Dolayısıyla "müstakbel" ve "müşahhas" ihtiyaçlarının her birini tespit edip bunlara hukuki çareler, özellikle yargılama hukuku çözümleri üretmek de ancak sınırlı bir yarar sağlayabilecektir. Bunun önüne geçebilmesi için gelecek dönemin, yani Yirmi Birinci Yüzyıl Türkiye'sinin ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir "uzun vadeli medenî usul hukuku politikası" oluşturulmalıdır. Bunun vadesi gerçekten uzun olmalıdır. Beş yıllık planların adli hizmetlere ilişkin bölümleri kısa olan vadeleri nedeniyle umulan sonuçları verememişlerdir. Yargılama hukuku bakımından yapılması gereken şey hiç değilse 30-40 yıl öteye uzanan uzun vadeli projeksiyonlar üretebilmektedir.

4. Hukuk usulünde çözüm arayışları

2004 yılı itibariyle hukuk usulünde çözüm arayışı süreci, önceki dönemlere kıyasla daha büyük bir ivme kazanmıştır. Bir yandan Türkiye - AB ilişkileri, diğer yandan başta IMF ve Dünya Bankası ile ilişkiler bu ivmenin artmasında önemli rol oynamaktadır. Bu çerçevede hukuk usulünde çözüm arayışlarına üç açıdan yaklaşmak gerekmektedir.

Bunlardan birincisi sistem ve yargılama teknikleri bakımından düşünülen ve önerilen yeniliklerdir. İkincisi ise, sistem ve yargılama teknikleri açısından önerilen değişikliklerin düşünsel temelleridir. Üçüncü husus ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bütününi değiştirmeye yönelik olup Adalet Bakanlığı bünyesinde yürütülmekte olan çalışmadır. Hemen belirtmek gerekir ki, Bakanlık bünyesinde sürdürülen

çalışma bu incelemenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Sistem ve yargılama teknikleri bakımından gündemde olan yenilikler, sırasıyla istinaf derecesinin oluşturulması, çekişmesiz yargı işlerinde yapılması düşünülen yenilikler, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelik ve icra dairelerinde yapısal değişiklik düşünceleridir. Sistem ve yargılama teknikleri açısından önerilen ve bir kısmı gerçekleştirme sürecinde bulunan bu değişikliklerin düşünsel temelleri ise dört başlık altında sınıflanabilir: Ekonomik ölçütlere dayalı çözüm arayışları, yerleşme ve merkezi idareden uzaklaşma anlayışı, yargı birliğine yönelik ve idari yargıya bakış açısından çözüm önerileri ve nihayet uluslararası ekonomik ilişkilerden kaynaklanan çözüm arayışları. Bu düşünsel temellerin hepsi aynı ağırlık ve etkinlikte değildir. Ancak öyle veya böyle bu görüşler telâffuz edilmekte ve yargı alanında sağlıklı çözümün düşünsel temelleri olarak farklı çevreler tarafından dile getirilmektedir.

a. Sistem ve yargılama teknikleri açısından hukuk usulünde çözüm arayışları

i. İstinaf derecesinin oluşturulması

Yargılama alanında, Türkiye'deki yargılama sisteminde önceden bulunmayan istinaf derecesinin oluşturulması, çözüm arayışlarının en kapsamlı ve büyük ölçüde hukukî alt yapısı oluşturulmuş olanıdır. Hatırlamak gerekir ki, istinaf derecesi sadece hukuk yargılamasına getirilen bir yenilik değildir. Adli yargının tamamını kapsayacak bir biçimde yapılan kanunlaştırmalarla hem hukuk, hem de ceza yargısı alanında Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasıyla istinaf derecesi oluşturulmuştur. Ancak bu yargılama derecesinin fa-

aliyete geçmesi birkaç yılı bulacak bir zaman alacaktır.

Hukuk usulünde çok az konu istinaf derecesi kadar tartışılmış; meslek çevreleri arasında derin görüş ve değerlendirme farklılıklarına yol açmıştır. Avrupa yargılama sistemlerinde tarihî temelleriyle varlığını sürdüren istinaf derecesi, Türk hukukçularının bir kısmı tarafından hukuk devletinin bir gereği ve insan hakları açısından atılması gerekli bir adım olarak nitelenirken, aksi görüşteki hukukçular istinaf derecesini sistemi tıkayacak ve ağırlaştıracak bir araç olarak değerlendirmişlerdir. Özellikle Türkiye Barolar Birliği uzun yıllar devam eden bir süreç içerisinde istinaf derecesine karşı çıkmış, sistem önerisiyle ilgili ciddi eleştirilerde bulunmuştur. Bazı sözcüler istinaf derecesini eskiye, Osmanlıya dönüş olarak nitelendirmiş, Cumhuriyetin kazanımlarından bir uzaklaşma olarak nitelemişlerdir. TBMM'de yapılan görüşmeler sırasında CHP milletvekilleri istinaf düzenlemesinin bölgesel mahkemeler öngörmesi nedeniyle üniter devlet anlayışıyla da bağdaşmayacağını savunmuşlardır. Ancak Bölge Adliye Mahkemeleri ve istinaf derecesi ile ilgili kanunî düzenlemelerin yapıldıktan sonra, istinaf karşıtı rüzgâr yerini daha hafif ama etkili olabilecek farklı bir akıma bırakmıştır. Türkiye'nin çeşitli yörelerinde, başta barolar olmak üzere, yerel yöneticiler, üniversite rektörleri, meslek odası başkanları ve en önemlisi yöre milletvekilleri kendi yörelerinde Bölge Adliye Mahkemesi kurulması için çok ciddi bir biçimde talepte bulunmaya başlamışlardır. Tabii bu girişim sürecindeki etken, kurulacak bölge adliye mahkemesinin yöreye getireceği katkı beklentisidir. Bu yönüyle istinaf

derecesinin benimsenmeye başladığı söylenebilir. Ancak, istinaf derecesinin yargılama sürecine ve esas itibariyle hak arama özgürlüğüne getireceği katkı uygulama süreci ve anlayışıyla ortaya çıkabilecektir. Bir ülkenin hukuk kültürüne yabancı ve yeni bir müessesenin katkı getirebilmesi iki hususun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Uygulayıcıların bilgi düzeyi ve yine uygulayıcıların benimsenmesi. Uygulayıcıların bilgi düzeyinin artması bu alanda yapılacak ve malzeme oluşturacak araştırmaların, çalışmaların, yayınların yapılmasına bağlıdır. Benimsenme konusu ise önceden kestirilemeyecek bir husustur. Ancak, Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşu ve göreve başlamasıyla, Yargıtay'ın iş yükü önemli ölçüde azalacağından çok uzun bir süre yeni Yargıtay üyesine ihtiyaç duyulmayacaktır. Bu durum ise, genç hâkimlerde Yargıtay üyeliği beklentisini ortadan kaldıracaktır. Ortaya çıkacak bu hâlin hâkim ve savcılarının meslekî motivasyonlarını etkileyip etkilemeyeceğini zaman gösterecektir.

ii. Çekişmesiz yargı işlerinde düşünülen yenilikler

Çekişmesiz yargı işleri, hukuk mahkemelerinin dosya yoğunluğunun önemli bir bölümünü oluşturan, ancak özellikle hâkimin ciddi bir meslekî faaliyetini gerektirmeyen, mirasçılık belgesi verilmesi gibi işlerdir. Bu tür işlerin mahkemelerin, daha doğru bir ifadeyle hâkimlerin görev alanından çıkarılması Türk hukuk çevrelerinde öteden beri dile getirilmiştir. Böylece mahkemelerin iş yüklerinde sayısal olarak ciddi bir azalma olacağı ve bu şekilde gerçek yargılama faaliyetine daha çok zaman ayrılmak suretiyle yargılamanın etkinliğinin artacağı düşünülmüştür. Geçmiş dönemlerde hâkimlerden atına-

cak bu görevin adli memurlara, mahkeme yazı işleri müdürlerine verilmesinin uygun olacağı da dile getirilmiştir. Son zamanlarda yeniden ve daha etkili bir biçimde gündeme gelmiş olan bu konu, bu kere farklı bir yaklaşım içermektedir. Çekişmesiz yargı işlerinin mahkemelerden alınıp noterlere verilmesi... Bu yönüyle bakıldığında, çekişmesiz yargı artık sadece mahkemenin değil, adliyenin de görev alanından çıkarılmakta; icra edildiği mekân olarak da adliyenin dışında bırakılmak istenmektedir. Bir meslek örgütü olarak Türkiye Noterler Birliği bu göreve ciddi bir biçimde talip olmaktadır. Bu konudaki kanunlaştırma çalışmaları henüz hazırlık aşamasındadır.

iii. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yöneliş

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yöneliş esas itibarıyla Kuzey Amerika kökenli bir anlayış olup son 20 yıl içinde Avrupa'da da uygulama alanı bulmuştur. Türkiye'de de son zamanlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukukçuların ilgi alanına girdiği gibi, yargı düzenindeki reform arayışlarının da önemli unsurlarından bir olarak görülmeye başlanmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu fikrinin esasları insanların uyuşmazlıklarını mahkemenin dışında, mahkeme hükmüne gerek olmadan çözmeleri noktasına dayanmaktadır.

Modern ve çağdaş devlet anlayışı ve kamu yönetimi bakımından, bireylerle bireyler ve bireylerle kamu otoritesi arasındaki uyuşmazlıkların aslî çözüm yolu devlet yargısına başvurulmak suretiyle bulunmaktadır. Devlet ve yönetim biçimi ne olursa olsun, uyuşmazlık denilince akla, devletin üç temel fonksiyonundan biri olan yargı fonksiyonu

ve bu fonksiyonu gerçekleştiren yargı organı gelmektedir. Kabul edilen devlet biçimine göre, mahkemenin yargılamanın işleyişi üzerindeki egemenliği ve etkinliği az veya çok olsa da, uyuşmazlıkların aslî çözüm yolu, devlet yargısının önünden geçmektedir.

Uyuşmazlıkların aslî çözüm yolu yargısal çözüm olmakla birlikte, mahkeme dışı çözüm yolları da geçen yüzyıllardan beri kişiler arasındaki uyuşmazlıkları ortadan kaldırmakta başvuru olan yollar olmuştur. Bunlardan sulh, sadece mahkemenin değil, herhangi bir üçüncü kişinin müdahalesi olmadan, sadece uyuşmazlığın taraflarınca gerçekleştirilen mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Diğer mahkeme dışı çözüm yollarından en çok başvuru olanı ise, arabuluculuk ve uzlaştırmadır. Bu iki yolun sulhten ayrıldığı en önemli nokta, taraflar dışında üçüncü bir kişinin çözüm arayışına, taraflarla birlikte, katkıda bulunmasıdır. En çok bilinen uyuşmazlık çözüm yollarından tahkim ise, çözüm üçüncü bir kişi (veya kişiler) tarafından gerçekleştirilmesi yönü ile sulhten, varılan sonucun (hükümün) bağlayıcı olması (kesin hüküm etkisi) ve kısmen devlet yargısına tâbi olması (temyize tabi olması) bakımından da sulhle birlikte diğer bütün yargı dışı çözüm yollarından ayrılan bir yöntemdir.

Yirminci yüzyılın son çeyreği, gerek Kuzey Amerika'da, gerek Batı Avrupa'da uyuşmazlıklara yargı dışı yollarla çözüm bulunması konusunda yaygın bir eğilimin ortaya çıktığı dönem olmuştur. Sözü edilen dönemde, bir yandan Amerikan liberal devlet anlayışı, gelişen iktisadî ilişkilerle Avrupa hukuk sistemlerini liberalleştirmek suretiyle etkilerken, öte yandan İngiliz - Amerikan hukuk sistemleri de gelenek-

sel "aşırı pasif mahkeme" anlayışlarının ortaya çıkardığı sıkıntıları Avrupa menseli "daha aktif mahkeme" yöntemi ile çözmeye çalışmaktadırlar. Bu karşılıklı etkileşim süreci içinde, her iki sistem için de ortak olduğu gözlenebilen bir husus, yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine eski dönemlere kıyasla, daha yakın bir ilginin ve hattâ kanunlaştırma süreçlerinin varlığıdır. Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'de öne çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hareketi bir yana, Batı Avrupa hukuk sistemleri içerisinde nispeten geleneksel bir yapısı olan Fransız hukuk sisteminde de hukuk davalarında alternatif uyuşmazlık çözümünün yargısal bir biçimde teşvik edilmesi ve yargılama süreci içerisinde yer alması ilgi çekici bir nokta oluşturmaktadır.

Türk hukuku bakımından da, son yıllarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin bir yönelişten söz edilebilir. Bunlardan birincisi, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunla kurulan "tahkim kurulu"dur. Adı geçen kanunun 14üncü maddesine göre, "tahkim kurulu, Federasyon ile kulüpler; federasyon ile hakemler; federasyon ile teknik direktör ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilâflar hakkında Yönetim Kurulunca verilecek kararlar ile disiplin kurulu kararlarını, ilgililerin itirazları üzerine inceleyerek kesin karara bağlar". Bu düzenleme ile, maddenin kapsadığı alanlarda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, yargının görev alanı dışına taşınarak, devlet yargısına alternatif bir yolla çözülmek istenmiştir.

İkinci örnek, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22nci

maddesinde düzenlenmiş olan Tüketici Sorunları Hakem Heyeti uygulamasıdır. Getirilen bu düzenleme ile, tüketicilerin taraf olduğu uyuşmazlıklara yargı dışı bir çözüm yolu açılmak istenilmiştir.

Üçüncü ve son örnek, Avukatlık Kanununun 35A maddesi ile getirilen ve avukatların müvekkillerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, iki tarafı anlaştırmak suretiyle uzlaştırmaya gidebilmesidir. Bu düzenleme ile, uzlaştırma tutanaklarına ilâm niteliği de tanınmak suretiyle, aralarında uyuşmazlık olan tarafların, bu uyuşmazlığı mahkemeye başvurmadan çözüme imkânı bulabilmeleri sağlanmak istenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda sözü edilen her üç yöntem de gerçek ve tam anlamı ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından değildir. Her üç uyuşmazlık çözüm yolunda da "gönüllülük esası" geri planda bırakılmış; ya başvurmada veya hüküm ve sonuçlarında "zorunluluk esası" getirilmiştir. Gerçekten, Tahkim Kurulu uygulamasında hem başvuru hem de kurulun vardığı sonuç (karar) zorunluluk esasına göredir. Tüketici sorunları hakem heyeti uygulamasında ise, belli bir değer altındaki uyuşmazlıklar bakımından bu yola başvurulmasının bir dava şartı olarak zorunlu kılınmış olması, "gönüllülük esası"nın bir ölçüde de olsa zedelemektedir. Nihayet, Avukatlık Kanununa göre hazırlanıp imzalanacak uzlaştırma tutanaklarının, İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesine göre ilâm niteliğinde belgelerden sayılması; yani sonucun yargı kararı ile eşdeğer sayılması da gönüllülük esasının başlangıçta olmasa da sonuçta terk edildiğini göstermektedir.

Söz konusu düzenlemelerin bütünü ile değerlendirilmesinden, çeşitli ülke-

lerde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin bir yöneliş bulunduğu sonucu çıkarılabilmektedir. Bunun ötesinde, siyasal iktidarın ve adalet bürokrasisinin son zamanlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda yeni arayışlara girmiş olduklarından da söz etmek gerekir. Bu arayışın temelinde ise, tıpkı çekişmesiz yargı işlerinin mahkemelerin görev alanından çıkarılmasında olduğu gibi, bir kısım uyuşmazlıkların mahkemeler dışında çözülmesiyle -eğer gerçekleşebilirse- tasarruf edilecek emek ve zamanın adli sistemin işleyişinde daha yararlı sonuçlar getirebileceği düşüncesinin yattığı sanılmaktadır.

iv. İcra dairelerinde yapısal değişiklik düşünceleri

Hukuk usulünde çözüm arayışları süreci içerisinde, sistem ve yargılama teknikleri açısından getirilen çözüm önerileri arasında en ilgi çekici olanı icra ve iflâs dairelerinde yapısal değişiklik düşüncesidir. Gerçekten en ilgi çekici olanıdır, çünkü mahkeme ilâmlarının ve ilâma dayanmayan alacakların zorla yerine getirilmesi sürecinin aslı uygulayıcısı olan icra dairelerinin, Devletin kontrolü altında olmakla birlikte, Devlet teşkilâtı dışına çıkarılması önerilmektedir. Bu çözüm önerisinin öne çıkan gerekçesi adli kirlenmenin adliye dışına çıkarılmasıdır. Devletin cebrî icra örgütünü oluşturan icra ve iflâs dairelerine ilişkin olarak belli bir ölçüde de olsa, adli kirlenmenin önemli bir parçası olduğu konusunda yaygın ve kimi zaman da medya tarafından desteklenen bir kanaat olduğu bir gerçektir. Bu noktada, çözülmesi gerekli bir problemin varlığı ortadadır. Sorun, bu problemin nasıl çözüleceği konusunda- dır. Getirilen öneri, sorunlu olan bir ad-

li örgüt parçasını (icra ve iflâs daireleri) sorunlarıyla birlikte sitem dışına çıkarmaktır. Henüz ciddi bir biçimde tartışmaya dahi açılmamış olan icra ve iflâs dairelerinin özerkleştirilmesi düşüncesinin temel hak ve özgürlükler anlayışı ve bu arada -dolaylı da olsa- adil yargılanma hakkı kavramlarıyla ciddi bir şekilde çelişeceği ve hukuk çevrelerinde kolaylıkla benimsenmeyeceği düşünülmektedir. Özellikle, özelleştirme anlayışının çalkantıları içerisinde, icra dairelerinin özerkleştirilmesi eğiliminin, icra dairelerinin özelleştirilmesi olarak algılanacağı da göz önünde bulundurulunca...

b. Düşünce temelleri açısından hukuk usulünde çözüm arayışları

Yukarıda da belirtildiği gibi değişiklik önerilerin düşünsel temelleri dört başlık altında sınıflanabilir: Ekonomik ölçütlere dayalı çözüm arayışları, yerelleşme ve merkezi idareden uzaklaşma anlayışı, yargı birliğine yöneliş ve idari yargıya bakış açısından çözüm önerileri ve nihayet uluslar arası ekonomik ilişkilerden kaynaklanan çözüm arayışları. Bu dört başlık, hiç kuşkusuz kişisel bir nitelendirmeden ibarettir. Bu listeye başka çıkış noktaları eklenebileceği gibi, bunlardan bazılarının medenî usul hukuku alanındaki çözüm arayışlarının düşünsel temellerinden olmadığı da ileri sürülebilir. Bu durum yukarıda sıralanan ve incelenen sistem ve yargılama teknikleri açısından getirilmiş olan çözüm önerilerinin ortak noktalarının ne şekilde değerlendirildiğine bağlıdır.

i. Ekonomik ölçütlere dayalı çözüm arayışları

Gereksiz yargılama giderinden kaçınmak ve böylece hak arama özgürlüğünün geniş kitleler tarafından mali ba-

kımdan ciddi biçimde zorlanmadan kullanılabilmesi, bireyi ve onun hak arama özgürlüğünü öne çıkaran bir anlayışın ifadesidir. "Pahalı olmayan yargılama" ilkesi hem Anayasada, hem de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ifadesini bulmuştur. Ancak, son zamanlarda öne çıkan bir başka yaklaşım, yargılama alanındaki faaliyetin, yani Devletin faaliyetinin ekonomik maliyetini araştırmaktır. Bu noktada, örneğin evli bir çiftin boşanmasının Devlete olan maliyeti araştırılabilmektedir. İstinaf derecesinin gerçekleştirilmesi süreci bir yana bırakılacak olursa, getirilen değişiklik önerilerinin neredeyse tamamının ortak noktası, adli bütçede ölçülebilir bir tasarruf sağlayacağıdır. Bir an için üç değişiklik önerisinin de gerçekleşip kanunlaştığı düşünülecek olursa bu durum kolaylıkla görülebilir. Devlet, çekişmesiz yargı işlerini noterlere devretmiş, çok sayıda uyuşmazlık mahkeme dışı alternatif çözüm yollarıyla çözülmekte ve icra daireleri genel bütçenin dışında özerkleştirilmiş bir biçimde faaliyetlerini sürdürüyor... Bu durumun adli harcamalarda ciddi bir düşüş sağlayacağı ortadadır. Ancak uygulamanın sosyal maliyetinin hesaplanması da gerekir. Bu şekilde kısmen daraltılmış ve kısmen özerkleştirilmiş bir adli yapının, bireyin hak arama özgürlüğünün bir parçası olarak öngörülmesi "pahalı olmayan yargı" ilkesiyle ne derecede uyumlu olabileceği de kuşkuludur. Sorun, ekonomik temelli çözüm önerilerinin eş zamanlı olarak gündeme gelmesindedir. Nispeten uzun ve anlamlı bir süreç içerisinde farklı zamanlarda gerçekleştirilmesi sakıncalı olmayacak bir dizi değişikliğin kısa bir sürede uygulamaya geçirilmesi geniş kitle-

ler tarafından farklı biçimlerde algılanabilecektir.

ii. Yerelleşme ve merkezî idareden uzaklaşma anlayışı

Yerelleşme ve merkezî idareden uzaklaşma anlayışının Devlet yönetimine egemen olmaya başlaması konusu gittikçe artan bir ivme kazanmaktadır. Bir bütün olarak Kamu Yönetimi Reform Projesi yapılan çeşitli kanunlaştırmalarla ve bunlara bağlı olarak idarenin taşra teşkilâtının lağvedilmesiyle sürdürülmektedir. Aslında adli örgütlenmeye ilişkin olarak benzeri bir faaliyet yürütülmemektedir. Yukarıda, Bölge Adliye Mahkemelerine, yani istinaf derecesine yöneltilen eleştiriler arasında da sözü edildiği gibi, bu yeni adli yapılanma ile yerelleşme ve merkezî idareden uzaklaşma yaklaşımı arasında bir bağlantı kurulabilmektedir. Bu bağlantının gerçekçi bir düşüncenin ifadesi olup olmadığını zaman gösterecektir.

iii. Yargı birliğine yöneliş ve idari yargıya bakış açısından çözüm önerileri

Yargı birliğine yöneliş siyasal iktidarın ve adli bürokrasinin gündeminde gözükmemektedir. Ancak, Devletin yeniden yapılandırılması sürecinde yargı birliğine gidilmesi konusunda öneriler de getirilmektedir. Gerekçe ilginçtir: "Yargı düzeni içerisinde hüküm verme safhasında görevli bulunan mahkemelerin çeşitliliği sadece vatandaşları değil, hukukçuları bile şaşırtmış, üst mahkemelerin fazlalığı ise ülkede hukuk birliğini bozmuştur. Türk yargı sistemi nitelik ve nicelikleri itibarıyla farklılıklar göstermiş, birbirleriyle hiyerarşisi olmayan, bağımsız, kendi özel kuralları içinde görev ve yetki alanları düzenlen, ayrı Yargılama usulleri olan ve her

biri yargısal kararlar veren sekiz ayrı yargılama düzeninden oluşmuştur. Vatan-daşlar ve hatta hukukçular bile görevli yargı yerini saptamakta güçlük çekmiştir. (...) Aynı konunun ve kanunun, çeşitli yargı yerlerinde karara bağlanmasında değişik, birden fazla yük-sek mahkeme içtihadı oluşmuş ve sonu-çta hukukta birlik ve bütünlük sağla-namamıştır. Aynı konularda farklı usul kuralları uygulanmış, hâkimlik mesle-ğinden olmayan kimselerce nihaî ve yargısal nitelikte kararlar verilebilmiş-tir.”(Korkmaz Tağma, Türkiye İçin Önerilen Model: Devletin Yeniden Ya-pılandırılması [Siyasi Güç ve Yöneti-min Yeniden Yapılandırılması], Zaman Kitap, İstanbul 2003, s. 128-129) İleri sürülen bu görüşlerin bazı gerçeklerden kaynakladığının kabulü gerekir. Ancak getirilen çözüm önerisi daha da ilginç-tir: “Bürokratik yönetimin bir sonucu olarak ortaya çıkan idarî yargı sistemi-nin kaldırılarak gerek resmî gerekse si-vil alanda görev yapan kişilerin, aynı hukuk kurallarına ve aynı yargı merci-ine tâbi kılınması, üniter devlet yapısı, katılımcı demokrasi ve hukuk birliği ve bu yönetim modeli açısından zorunlu görülmüştür. Ancak öngörülen katılı-mcı demokrasi ve yatay yönetim mode-linde, mevcut idarî yargının lağvı, adlî yargının her ilçede güçlü bir şekilde ye-niden teşkili, illerde ikinci dereceli istinaf mahkemelerinin oluşturulması, Yargıtay’da hem idarî hem de adlî da-vaların temyiz edilmesi benimsenmiş-tir.” (Tağma, s. 300) Bu görüş ve değerlendirmelerde dikkat çeken iki husus vardır. Bunlardan birincisi idarî yargı-nın lağvedilmesiyle istinaf derecesi ara-sında bağlantı kurulmasıdır. İkinci nok-ta ise, yargı sistemi bakımından yatay yönetim modelinden söz edilmesidir.

Özellikle bu son husus, Aşağıda incele-necek olan liberal devlet ve uyumsuz-lıklara bakışı konusuyla yakından ilgili-dir ve yargı sistemi ile ilgili önerilerin hangi düşünsel temellerden kaynaklan-dığını göstermektedir.

iv. Uluslararası ekonomik ilişkilerden kaynaklanan çözüm arayışları

2003 ve 2004 yıllarında İcra ve İflâs Kanununda önemli ve etraflı değişik-lıklar yapılmıştır (4949 ve 5092 sayılı kanunlar). Bu değişikliklerle bir yan-dan İcra ve İflâs Kanunu uygulamasın-da görülen aksaklıkların giderilmesi he-def alınmış, öte yandan da başta “ser-maye şirketleri ve kooperatiflerin yeni-den yapılandırılması” gibi bazı yeni müesseseler düzenlenmiştir. İşte, bu düzenlemelerin yapılması çalışmaların-da Türkiye’nin uluslararası ekonomik ilişkilerinden kaynaklanan etkiler de görülmüştür. Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk, 15 Mayıs 2002 tarihinde, “Mali Durumu Bozulan Şirketlerin Du-rumunun İyileştirilmesine veya Yeni-den Yapılandırılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Komisyonu”nun ilk toplantı-sında yaptığı açılış konuşmasında şu görüşlere yer vermiştir:

“Yürürlükteki sistemde işletmelerin durumlarının iyileştirilmesi ve sermaye yapılarının yeniden düzenlenmesi, baş-ka bir deyişle, yeniden yapılandırma ile ilgili genel düzenlemeler yapılması ih-tiyacı duyulmaktadır. Bu konuda bir süreden beri Adalet Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Dünya Bankası uzman-ları arasında ortak çalışmalar yapılmak-tadır. Bu çalışmalarda Dünya Banka-sı’nca çeşitli ülkelerde benzeri sorunla-rın aşılması konusunda yapılan uygula-malarla ilgili bir incelemeden yola çı-kılmıştır. Aynı zamanda yine Adalet

Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Dünya Bankası uzmanlarının ortak ça-lışmasıyla Türkiye’de yürürlükte olan sistem, yani İcra ve İflâs Kanunu ve di-ğer özel kanunlardaki hükümler ve bunların işlerliği, etkinliği değerlendirilmiştir. Şimdi bütün bu çalışmaların sonucunu yeni bir yasal düzenlemeye taşımak durumundayız. İşte bu günkü çalışmanın amacı budur.”

5. Müdahaleci devlet ve uyumsuzluklara bakışı

(Sosyal devletin yargı anlayışına li-beral eleştiri)

Amerikan bakış açısıyla, müdahaleci devlet, ideolojisinin uygulama biçimi olan ve esas itibarıyla Avrupa ülkele-rinde somutlaşmış olan devlet tipidir (managerial state). Müdahaleci devletin örgütlenişinde, otoritenin yukarıdan aşağıya doğru biçimlenmiş olması, devlet sisteminin belirgin özelliğidir. Bu sistem içerisinde bürokrasi son de-rece gelişmiş ve devletin işleyişine bü-yük ölçüde hâkim durumdadır. Yetki-ler, ilke olarak “profesyoneller” tarafın-dan kullanılmaktadır. Yetkilerin kulla-nılmasında esas olan, hiyerarşik bir iliş-kidir. İdarî işlemler, önceden ayrıntılı biçimde belirlenmiş ilkelere göre ger-çekleştirilir. Müdahaleci devlet sistemi-nin, uyumsuzluk çözümlerine bakışı ise, temsil ettiği müdahaleci devlet ideoloji-sinin yargı alanındaki yansımasıdır:

Bireyler arasındaki uyumsuzluklar, yani özel hukuk temelli uyumsuzluklar devlet açısından, çözülmesi gerekli problemlerdir.

Başka bir anlatımla, müdahaleci dev-let, bireyler arasındaki uyumsuzlukları sosyal yapı açısından değerlendirmekte ve kaçınılmaz olarak bu alana müdahale edip problemi (uyumsuzluğu) çözmekte-dir. Yani, müdahaleci devlet, yürürlükte

bulunan usul hukuku sistemi ile bir an-lamda uyumsuzluklara sahip çıkmaktadır. Bu anlayışın usul kanunlarında ortaya çı-kardığı etki ise, mahkemenin nispeten egemen olduğu yargılama usulleri biç-i-minde kendisini göstermektedir.

Bu noktada aktivist devlet ideolojisi-ni, aslında sosyal devlet anlayışının yar-gıya bakışını ciddi şekilde eleştiren Mir-jan Damaska, devletin medenî usul hu-kukunu –kendi deyişi ile, yargı yöneti-mini- şekillendirmesinde, bu konuyu bir politika gerçekleştirme aracı olarak ele aldığı noktasından hareket etmektedir.

Damaska, müdahaleci devletin yargı yönetimi, yani usul hukuku ile ilgili olarak özette şunları söylemektedir:

“Hukuk usulü müessesesi için genel bir ön şart olan anlaşmazlık ihtiyacı, bir aktivist hükümet için hiçbir şey ifade et-mez. Uyumsuzluklar bir sosyal olayın, hukuk kurallarının cebren icrasına du-yulan ihtiyacı gösterdiği ve böylece bir davanın somut şartları içindeki politik bir hedefi fark ettirdiği zamanlarda, mu-cizevi bir biçimde doğmaz. Gerçekte, anlaşmazlık olmaması – social stasis – kendi başına, toplumun dönüşümünde hükümetin ciddi olarak ilgilendiği bir mesele olabilir. Karşılıklı rızalarına uy-gun olarak yetişkinler arasındaki aktivi-te- giriştikleri bir sözleşme veya cinsel davranış alışkanlıkları – toplumu büyük ölçüde rahatsız edici değil iken ve taraf-larını tam olarak tatmin edici iken; dev-let görevlileri tarafından, ekonomik ve ahlaki refahın gelişimine yönelik bir tehlike olarak algılanabilir. Bireylerin, razı oldukları işlemin (sözleşmenin) ve-ya gönüllü seks ilişkilerinin kurbanı ol-duklarını fark etmelerini engelleyen kendi akılsızlıklarından ya da “hatalı bi-linç” durumlarının yarattığı bozuk gö-rüşten korunmaları gerekebilir.

"Bununla birlikte, bir uyumsuzluğun, resmi görevlilere, hükümet müdahalesinin gerekli olduğuna dair iyi bir işaret olduğu reddedilemez. Böylece bir kimse, en azından uyumsuzluk formu içinde ortaya çıkan meseleler de, aktivist hukuk usulünün, uyumsuzluk çözme işine tahsis edildiğine inanma eğiliminde olmalıdır. Bu mesele daha yakından incelenmeyi hak etmektedir ve vatandaşlar arasındaki, vatandaşlarla resmî görevliler arasındaki ve resmî görevlilerin kendi aralarındaki uyumsuzluklar içinde ayrım yapılmasını gerektirir. Her bir durum sırayla incelenecektir.

"Vatandaşlar arasındaki bir uyumsuzluğa devlet politikası çerçevesinde yaklaşıldığında, uyumsuzluğun taraflarından birinin ya da her ikisinin, cezalandırılmayı hak ettiği sonucuna varılabilir. (Örneğin, bir sözleşmenin, devletin ekonomik planına zarar verici olduğu düşünülebilir). Bu durumda, bağımsız bir suç takibatı kurulması, kolaylıkla, kullanışsız ve zaman öldürücü görülebilir. Basit bir usulle, hukuk modelinden ceza modeline yön değiştirmek, çekici bir imkân haline gelir. Bu durum gerçekleştiğinde, doğal olarak "yeknesak" usul hedefi sadece uyumsuzluk çözmekten daha büyük olur. Gerçek aktivist devlet, genellikle, anlaşmazlıkların en yakınında olarak, yüzeyde görünenin altında daha geniş ve bazen uğursuz anlamlar keşfettiğinden, bu, herhangi bir hukuk davasında meydana gelebilecek olan Saul' un Paul' e dönüşmesidir. Orijinal dava çerçevesi, başka yollarla da aşılabılır. Aktivist politikanın bakışıyla, özel kişiler arasındaki bir uyumsuzluk, en iyi şekilde basit bir usulle halledilebilir (kurumsal rüşvet gibi) daha büyük bir sorunun semptomu olarak görülebilir. Böylece usulî bir girdap

yaratılabilir ve bütün bunlar, genişletilmiş davanın içinde kalan meselenin çözümünü stratejik olarak gerçekleştirilebilir. Veya devlet, daha geniş bir izleyici kitlesine ders çıkaracağı basit bir uyumsuzluğu örnek olay olarak kullanmak isteyebilir: orijinal uyumsuzluğu çözmek için doğrudan doğruya bir şey yapmayı gerektirmeyen rollerin çeşitliliği farz edilerek vatandaşlar davet edilebilir – ya da getirilebilir. Hukuk dramasında bir koro haline gelebilirler.

"Hattâ genişletilmesi veya başka bir şekle dönüşmesi de, özel kişiler arasındaki bir uyumsuzluğun harekete geçirdiği usuller, gerçekten uyumsuzluğun çözümünü, en azından bir reaktif devlete uygun olarak katı anlamda değil, hedeflemezler. Aktivist hükümetin, kişiler arası bir anlaşmazlığın kesin hatlarını, bir davaya uydurmak için çok az sebebi vardır: gerçekten, devlet politikası ışığında davanın doğru düzenlenmesi, taraflar arasında sorun olmayan meselelerin gözden geçirilmesini gerektirebilir. Davanın tarafları, kendileri için en iyi olanı her zaman bilemedikleri için, yardım talebinde bulunanların göz ardı edilmesi zorunlu olabilir. Böylece, orijinal uyumsuzluk (yani davanın tarafları arasındaki asıl uyumsuzluk), hukuk usulünün müteakip ilerleyişinde sınırlı bir anlamı olan bir çabuklaştırıcı bir olaydan daha fazlası değildir. Farklı bir deyişle, kişiler arası uyumsuzluk, davacı ile davalı arasındaki çatışma ile yetkililerin bilgisine sunulan bir sosyal problem en uygun çözüm yolunu bulmak için bir vesile haline gelir." (Mirjan R. Damaska, *The Face of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986, s. 84-86)

Aktivist devlet hakkındaki bu değerlendirmelerin, yöneltilen eleştirilerin, aslında sosyal devletin yargı anlayışını hedef aldığı görülmektedir. Her şeyden önce abartılı bir yaklaşımın ürünü olan bu değerlendirmeler ideolojik temellerini liberal devletin yargı anlayışından almaktadır. Bu itibarla değerlendirmenin, sosyal devletin yargı anlayışı açısından gerçekçi ve bilimsel olduğunu söylemek çok güçtür.

6. Liberal devlet ve uyumsuzluklara bakışı

Liberal ideolojinin egemen olduğu devlet sisteminde ise, otorite yukarıdan aşağı değil, yatay olarak biçimlenmiştir. Bu sistem içerisinde gelişmiş bir bürokrasi olmadığı gibi, yetkilerin ilke olarak profesyoneller tarafından kullanılması da söz konusu değildir; yetkililer, yoğun bir biçimde profesyonel olmayan sıradan kişiler tarafından kullanılır. Kamu yetkisi, genellikle hiyerarşik örgütlenmenin tersine tek düzeyli ve yatay olarak dağılmıştır. İşlemler, biçimsel kurallara göre değil, yeknesak topluluk standartlarına göre yapılır. Liberal devletin, uyumsuzluk çözümlerine bakışı ise, varlık kaynağı olan ideolojiden (laissez - faire ideology) kaynaklanmaktadır.

Bireyler arasındaki bir uyumsuzluk, kendileri arasında çözülebilecek bir problemidir.

Liberal devlet için önemli olan, bireyler arasındaki uyumsuzluğun meşru bir biçimde çözülmesidir. Başka bir deyişle, uyumsuzluk, devletin bir sorunu değildir. Bu anlayışın usul hukukundaki yansıması ise, yargılamanın, mahkemenin pasifliği ilkesi üzerine kurulmuş olmasıdır. Yargılamaya egemen olan taraflardır (the principle of party autonomy). Taraflar ve avukatları, usulî iş-

lemlerin yürütülmesinde asli görev ve yetkilere sahiptirler.

Damaska'nın bu konudaki görüşleri ise şu şekilde özetlenebilir:

"Reaktif devletin kendi kendine yönetim ideali, sivil toplumda uyumsuzluk çözümünü için güven unsuruna öncelikle yer verir: Eğer uyumsuzluğun tarafları, aynı sınıftan ya da aynı sosyal kurumdan iseler, bunların arasındaki anlaşmazlıkların kendi aralarında çözülmesi en uygun yoldur. Bu çözüm tarzında, uyumsuzluk çözümü, karşılıklı iddialar arasında, uzlaştırma veya arabuluculuk için ortak noktaların araştırılması şeklinde anlaşılabilir. Ortak hedefler için uzlaşma veya taraflar arasındaki değerli sayılabilecek ilişkileri muhafaza etmek uğruna, karşılıklı özveride bulunmaya teşvik etme taraflar arasında ortak amaç olabilir.

"Bir devlet mahkemesine başvurma, daha yumuşak, "özel" yollar tüketildiği takdirde devreye giren, ancak bir son başvuru yolu olarak tasavvur edilebilir. Fakat bir uyumsuzluğun tarafı, davasını devlet yargısına götürmeye karar verirse, davasını dayandığı gerekçe, ortak değer ve hedefleri veya ortak bir zemin bulma beklentisinden vazgeçme anlamına gelir. Herhangi bir yaşam teorisinin benimsenmesini reddeden devlet, uyumsuzluğun taraflarının anlaşmasını sağlayacak eksik olan ortak zemini bulamaz. Dahası, bir devlet mahkemesinin ortak bir zemin bulma çabası kolaylıkla, reaktif bir hükümetin misyonuna zarar verici bir biçimde yorumlanabilir. Hak iddialarını içeren uyumsuzluklarda, hakim in aslında bağımsız ve tarafsız olan herhangi bir faaliyetinin, taraf tutması olarak yorumlanabilir. Uyumsuzluk konusunda bir uzlaşmayı sağlayabilmek için taraflardan birine, kanuna gö-

re talep ettiği şeyden vazgeçmesi yönünde yapılan bir baskı olarak algılanabilir. Reaktif devlet, kendi mahkemelelerinden "sosyal kendi kendine yönetim" için normatif çerçeveyi güçlendirme ve daha özenli kurmalarını istediğinde, arabulucu uyuşmazlık çözümünün diğer bir hedefi ortaya çıkar. Uyuşmazlık konusuna ilişkin hukuku yansıtmayan bir kararlar sonuçlanan uzlaştırma: Hüküm, nadiren özel yönlendirmenin yokluğunda gelecekteki uyuşmazlıkların ne şekilde karara bağlanacağına dair belli hareket noktaları sağlayan bir bağdaştırma halindedir.

"Bütün bu nedenlerle, bir anlaşmazlık devlet mahkemesine getirildiğinde, uzlaştırmacı yapı, uygun değildir.

"Uyuşmazlığın tarafları arasında bir mahkeme salonunda cereyan eden çekişmede, tarafları kimi zaman tuzağa düşürebilen düzenlemeler, şu halde ortak bir zemin bulunmadığını bilen taraflar arasında sert bir karşılaşma için barışçıl bir ikame olarak tercih edilir bir hale gelmektedir. Son olarak, reaktif devletin yargılama usulü binasının üzerine inşa edildiği temel yapısal ilke, yargılama usullerinin iki tarafın çekişmesi olduğu fikridir.

"Eğer bir uyuşmazlığın tarafları, aralarında mahkeme dışı bir çözüm gerçekleştirilebilirlerse, hukuki usuller, temel hedeflerini kaybederler. Taraflar arasındaki anlaşma, yargısal karara (daha doğrusu yargısal bir çözüm arayışına) üstün gelir.

"Mücadele motifinin hukuk usulü içinde nereye kadar taşınabileceği, üçüncü bir tarafın -devlet hakimi- müdahalesine ne ölçüde izin verildiğine bağlıdır. Müdahale fırsatı sınırlandıkça, mücadele motifi daha çok telaffuz edilir. Bu nedenle, reaktif ideolojinin aşırı

değişik biçimlerinin, aşırı mücadeleci tasarımı desteklediği açıktır: Hakimler sadece çekişen tarafların uyuşmazlığını yönetir ve ancak arızı sorunların adil bir biçimde hallini idare ve temin etmek için müdahale edilmesi gerektiğinde müdahale ederler. Mücadele sistemi içinde eğer çekişme adilse, kaybeden tarafın yenilgisinin meşruiyeti hakkındaki şüphe etmek için çok az nedeni olur. Esas olarak kendi aleyhine olan karar için kendisini suçlar ve hatta karara karşı gelse dahi toplum bir bütün olarak tarafsız yargı yönetimine olan inancını muhafaza eder. (Damaska, s. 77-79)

7. Kısa bir değerlendirme

"Adil yargılanma hakkı" kavramı, altında yüksek bir yargısal idealdir; sürekli olarak ulaşılmaya çalışan ideal yargı düzeninin ve adaletin uluslararası düzeyde kabul görmüş nirengi noktasıdır. Yargı sistemimizde mevcut olan adil yargılanma hakkına ilişkin her bir unsur, geliştirilmesi, işlerlik kazandırılması ve yargılamanın her aşamasında ve her uyuşmazlık çözümünde tekrar anlamlandırılması gereken bir kavramdır. Bu itibarla Türk yargısına ve yasa koyucusuna düşen görev, bir yandan yeni düzenlemelerle ve içtihat yolu ile adil yargılanma hakkını geliştirerek uygulamak, öte yandan özellikle yargı bağımsızlığı unsuru açısından sisteme yönelik eleştirileri ortadan kaldıracak düzenlemeleri gerçekleştirmektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, önümüzdeki dönemde meydana gelebilecek gelişmeleri tahmin yolu ile belirlemek mümkün değildir. Dolayısıyla "müstakbel" ve "müşahhas" ihtiyaçlarının her birini tespit edip bunlara hukuki çareler, özellikle yargılama hukuku çözümleri üretmek de ancak sınırlı bir yarar sağlayabilecektir. Bunun önüne geçebilmesi

için "acil yargılama reformu" kanun tasarımları hazırlamak yerine, gelecek dönemin, yani Yirmi Birinci Yüzyıl Türkiye'sinin ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir "uzun vadeli medenî usul hukuku politikası" oluşturulmalıdır. Bunun vadesi gerçekten uzun olmalıdır. Beş yıllık planların adfî hizmetlere ilişkin bölümleri kısa olan vadeleri nedeniyle umulan sonuçları verememişlerdir. Yargılama hukuku bakımından yapılması gereken şey, acil kanunlaştırma girişimlerinin çekiciliğine kapılmadan, hiç değilse 30-40 yıl öteye uzanan uzun vadeli projeksiyonlar üretilebilmektedir. Eğer, günümüzün ihtiyaçlarından hareket ederek ve sadece bugünün sorunlarına yönelik çözümleri hedefleyen bir yargılama hukuku reformu yapılacak olursa, önceki örneklerinde de görüldüğü gibi hiç kuşkusuz yeni düzenlemeler çok kısa sürede eskiyecektir.

Yukarıda, sınırlı birkaç konuya ilişkin olarak yapılan tespitler, günümüzde

Türkiye'de sosyal devletin yargı anlayışından -şimdilik düşünsel alanda- uzaklaşarak, liberal devletin yargı anlayışına yaklaşılmakta olduğunu göstermektedir. Eğer, liberal devletin yargı anlayışı, yargı reformunun düşünsel temeli olarak benimsenecek olursa, "yargı"nın bir hizmet olarak alanı daralacak ve etkinliği azalacaktır. Bireyler açısından daha özgürlükçü olduğu söylenen bu anlayışın, adil yargılanma hakkının her hangi bir unsurunu güçlendireceği ise son derece kuşkuludur.

Yirminci Yüzyılın ikinci yarısında hukuk dünyasına gelen adil yargılanma hakkı, Yirmi Birinci Yüzyılda güçlenerek yaşamını sürdürmelidir. Türk yargı sistemi de bu sürecin dışında kalmayacak ve bir parçası olduğu uygar dünyanın yargılanmaya ilişkin temel insan hakkının kapsamını ve unsurlarını genişletip kuvvetlendirerek yoluna devam edecektir.

Oyun Teorisi - Hukuk Uygulaması ve Adil Yargılanma Hakkı

Muhammet Özokes^(*)

Giriş

Son yüzyılın yargılama alanındaki şüphesiz en önemli kavramı adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı, bir yargılama sisteminin insan hakları, hukuk devleti ve demokratik kriterlere uygunluğunun garantisidir.

Adil yargılanma hakkı çerçevesinde, tarafların ve yargı organlarının hem kendi açılarından hem de doğru bir karara ulaşmak bakımından ellerinden gelenin en iyisini dürüst bir şekilde yapma yükümlülüğü söz konusudur. Burada, herkesin kendisi ve içinde bulunduğu grup için en iyisini yapması durumunda, en iyi sonucun ortaya çıkacağı şeklinde özetlenebilecek oyun teorisi akla gelmektedir.

Şimdiye kadar oyun teorisini açıklamak bakımından hukuk alanında örnekler verilmişse de, oyun teorisinin hukuk uygulaması, özellikle de adil yargılanma hakkı bakımından önemi üzerinde durulmamıştır. Oyun teorisinin hukukla bağlantısı kurularak doğru bir hukuk uygulamasına ve özellikle de adil yargılanma hakkının tam olarak gerçekleştirilmesine katkı sağlanabilir. Hatta hukuk felsefesi ve sosyolojisi derslerinde oyun teorisinin üzerinde durulması bu katkıyı artıracaktır. Şüphesiz, hukuk eğitiminin sadece lisans aşamasında de-

ğil, lisansüstü, staj ve hatta meslek içi eğitim aşamalarında da bu bakış açısının verilmesi istenen sonucu elde edebilmek için önemlidir.

Oyun teorisinin hukuk eğitimi ile ilişkisi ayrı bir incelemeyi gerektirdiğinden, bu çalışmada, özellikle oyun teorisinin hukuk uygulaması ve adil yargılanma hakkı ile ilişkisi ve oyun teorisinin bu açıdan önemi kısaca ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Oyun Teorisi

Oyun teorisinin gelişimi farklı aşamalardan geçmiş ise de, aslında temelde iki teoriye dayanır. Bunlar, von Neumann'ın 1928 tarihli "minimum-maximum teorisi" ile Prof. J. Nash'e Nobel ödülü kazandıran 1950 tarihli "denge teorisi"dir⁽¹⁾. Nash'in teorisinin aslında von Neumann'ın teoreminin genelleştirilmiş hali olduğu da söylenmektedir. Ama gerçekte Nash'in, geliştirdiği teori ile von Neumann'dan farklı noktalara ulaştığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Von Neumann'ın teorisi, tam rekabeti ifade eden, iki kişilik, toplamı sıfır olan oyunlarla ilgilidir. Yani, kazananın elinde olanlarla kaybedenlerin elinden çıkanlar eşittir. Kısaca bir oyunu 1-0 kazanan biri varsa, 1-0 kaybeden de

biri bulunmaktadır. Oysa Nash, oyuncuların kendi aralarında işbirliği yaptıkları ve yapmadıkları oyunlar arasında ciddi bir ayırım yapmaktadır. Von Neumann'ın teorisinin gerçek hayatla doğrudan ilgilendirilmesi zordur. Çünkü, von Neumann'ın teorisi, toplamı sıfır olan oyunları büyük ölçüde çözmekle birlikte, toplamı sıfır olmayan oyunları çözmeye elverişli değildir. Oysa Nash'in teorisi, gerçek hayatı da önemli ölçüde açıklamaya yardımcı olmaktadır. Zira, gerçek hayat mutlak kazanmak ve mutlak kaybetmek üzerine kurulan bir denge ile yürümektedir. Bu sayede Nash'in teorisi siyasetten ekonomiye, biyolojiden başka alanlara kadar pek çok yerde uygulamaya girmiştir.

Grup içi davranışlar ve sosyal konular bakımından von Neumann'ın teorisi, yalnız şekilde ortaya konulursa, özetle "bir grubun en yüksek performansı için, üyelerinin her birinin kendi başarıları için de ellerinden gelenin en iyisini yapmaları gerekir..." sonucunu çıkarmak yanlış olmayacaktır. Oysa Nash'in teorisini, grup içi davranışlar ve sosyal konular bakımından "...üyelerinin her

birinin kendi başarıları için ve ayrıca da grubun toplam başarıları için ellerinden gelenin en iyisini yapmaları gerekir..." şeklinde özetleyebiliriz. Nash'in çözümü dikkate alındığında, denge teorisi çerçevesinde, bütün oyuncuların kendine göre en yüksek kazancı getirecek bir stratejisi vardır, ama bu "dominant (baskın) strateji", oyunda tek oyuncu olmadığı için uygulanmamalıdır (çoğu kez uygulanamaz da), o yüzden de bir "denge" durumuna oyuncular razı olmalıdır. Zira, herkes kendi baskın stratejisini tam olarak uygularsa oyunda kazanan da olmayabilir⁽²⁾. Ancak bir denge durumuna razı olunursa, herkes belki en yüksek kazancı elde edemese de, oldukça iyi bir kazanç elde edecektir⁽³⁾. Herkesin kendisi için düşündüğü bencil dominant strateji, sosyal konularda toplum için sonuçta da kişinin kendisi için her zaman en iyi sonucu vermeyebilir.

Oyun teorisi, sonucun ötesinde aynı zamanda sürecin de (özellikle diğer oyuncuların durumunun ve stratejisinin) dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Çünkü, her bir oyuncu, kendisi

(2) Prof. Nash'e de denge teorisi konusunda ilham veren çarpıcı bir örnek şudur: Dört erkek arkadaş güzel bir sarışın kıza arkadaşlık kurmak isterler; ancak sarışın tüm erkeklerin kendisine yönelmesi sebebiyle şımarır, nazlanır ve sonuçta hiçbir erkek onunla arkadaşlık kuramaz. Bunun üzerine her erkek, sarışın kızın etrafındaki diğer kızlarla arkadaşlık kurmak isterler; ancak bu kızlar da ikinci seçenek olmaktan hoşnut kalmadıkları için teklifleri reddeder. Burada her arkadaşın kendi amacı aslında arkadaşlık kuracakları bir kız bulmak olduğuna ve her biri sırf kendi baskın amacını düşünerek sarışın kıza kur yaparak bir sonuç alamayacaklarına göre her birinin birinci seçenek olarak diğer kızlara kur yapmaları hem her birinin bireysel hedefine ulaşmasını sağlayacak hem de gruptaki başarı oranını yükseltecektir. Bireysel hedef için hareket ederken grup çıkarıları da değerlendirildiği zaman başarı oranı yükselmektedir.

(3) Bir yerde iki arkadaş var, Tanrı'dan sadece iki şeyden birini isteme hakları bulunmakta ve bu isteklerini de bir defa değiştirebilmektedirler. Bunlar:

- Ya kendisine 1000 Dolar verilmesi veya
- Arkadaşına 5000 Dolar verilmesi.

Bu iki istekten birinin mutlaka kabul edileceği bir durumda, iki strateji geliştirilebilir. Birincisi, görünüşte başkasını düşünen bir stratejidir; ikincisi sadece kendini düşünen bencil strateji. Bu oyunda herkes salt kendi menfaatini düşünürse, Tanrı'dan kendisine 1.000 Dolar vermesini isteyecek, sonuçta da herkesin 1.000 Doları olacaktır. Oysa ki herkes arkadaşını 5.000 Dolar istese, herkesin 5.000 Doları olacaktır. Dolayısıyla başkasını düşündüğümüz zaman aslında bu kendi menfaatinizdir de. Ne var ki herkesin arkadaşını 5.000 Dolar istemesi bir denge de kurmayabilir. Zira arkadaşlardan biri diğerini düşünürken, diğeri alçaklık edip kendine 1.000 Dolar isterse, onun 6.000 Doları olur, diğer arkadaş ise parasız kalır. Tabi diğeri de enayi olmadığı için, o da tercihinin değiştirilerek kendisine 1.000 Dolar ister. Bu ise, başa dönülmesi demektir. Kısaca, bencil olmak dominant (baskın) stratejidir ama, toplum için kötü sonuç veriyor.

(*) Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-mail: muhammet.ozokes@deu.edu.tr.

(1) Oyun teorisi ile ilgili olarak burada yapılan açıklamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.oyun-teorisi.com>, <http://www.oyunteorisi.ekibi.com> ve orada atıf yapılan site ve yazılar.

için en iyiye ulaşmaya çalışırken, diğer oyuncuların ve grubun da durumunu dikkate almalı, diğer oyuncuların stratejisini de gözlemlemelidir.

Bugüne kadar oyun teorisini sosyal alanlarda açıklamak bakımından verilen örnekler içerisinde hukukla ilgili olanlar varsa da⁽⁴⁾, oyun teorisinin hukukla bağlantısı ve hukuk alanındaki uygulanabilirliği üzerinde ayrıntısı ile durulmamıştır.

B. Adil Yargılama Hakkı

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesi, "Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir." şeklindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m. 6) ve Anayasamızın 36. maddesinde de çok açık şekilde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Adil yargılanma hakkı, genel olarak, herkesin, tarafı olduğu bir uyuşmazlığın aleni biçimde, makul bir sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde, hakkaniyete uygun şekilde çözülmesini talep hakkını ifade etmektedir. Bu çerçevede, adil yargıla(n)manın temel unsurları, kanuni, bağımsız ve tarafsız bir

mahkeme önünde, makul bir sürede, aleni şekilde, hakkaniyete uygun olarak yargıla(n)madır⁽⁵⁾.

Dikkat edilirse, adil yargılanma hakkı açısından önemli olan bir hukuk düzeninin maddi içeriği bakımından herhangi tercihleri kullandığı değildir. Örneğin, bir hukuk düzeni, hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları kriterlerine uymak koşuluyla, bir eylemi suç olarak nitelendirebilir, bir başkası bu eylemi suç olarak nitelendirmez ya da daha az cezayı gerektiren bir suç olarak tanımlayabilir. Adil yargılanma hakkının sağlamaya çalıştığı şey, öncelikle maddi hukuk normunun ne olacağı değildir; herkesin, önceden belirli olan hukuk kuralları karşısında, sağlıklı bir yargılama sürecinden geçerek yargılanmasını sağlamaktır. Bu sebeple "fair trial" olarak da ifade edilen ve Türkçe'ye adil yargılanma hakkı olarak çevrilen bu hakla, tam karşılığı olarak centilmence yargılama yapılması amaçlanmaktadır. Bunu spor dili ile ifade edecek olursak, sonuçta kim kazanırsa kazansın önemli olan "fair play" çerçevesinde temiz bir oyunun oynanmasıdır. Burada önemli olan kazananın hakkıyla kazanması, kaybedenin itiraz edeceği bir yargılamanın yapılmamasıdır.

Adil yargılanma hakkının önemli unsurları ise, "silahların eşitliği" ve "hukuki dinlenilme" hakkıdır. Çünkü,

(4) Örneğin tutuklunun açmazı bu konuda verilen en çarpıcı örneklerden biridir. İki tutuklu, işlediklerine inanılan bir suçtan dolayı polis tarafından aynı ayı odalarda sorgulanırlar. Polisler her birine suçlu itiraf etmelerini söylerler. Eğer hiçbiri itiraf etmezse bir ay kadar hapisle kalacaklardır. Eğer her ikisi de itiraf ederse altı ay kadar bir süre ceza alacaklardır. Fakat, biri suskun kalırken diğeri itiraf ederse, itiraf eden serbest kalacak diğeri ise bir yıl kadar hapisle yatacaktır. Bu durumda tutukluların her ikisi de itiraf etmeyi seçmektedir. Çünkü diğerrinin ne yapacağını bilememek ve serbest kalmanın çekiciliği her birinin de itiraf etmeyi seçmesine yol açmaktadır. Oysa eğer birbirlerine yeterince güvenebilse idi (veya birbirleriyle işbirliği yapma şansı olsaydı), her biri için en uygun seçim suskun kalmak ve bir ay içinde de salıverilmek olacaktı. Ne var ki her bir tutuklunun kendi çıkarına "tutuklu" kalması, ne kendisinin ve ne de arkadaşının yararına bir sonuç üretmiyor. Bir başka ifadeyle kendi yararının peşinden koşmak ne kendisine ne de arkadaşına tam olarak istenen yararı sağlamıyor.

(5) Adil yargılanma hakkı için bkz. Pekcanitez H./Atalay O./Özkes M., Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 250 vd.; Pekcanitez H., Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İZBD 1997/2, s. 35 vd. Özkes M., Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 55 vd.

hakkaniyete uygun bir yargılama, tarafların yargılamada yer alarak eşit imkanlara sahip olmasından ve taraflara yargılamada hukuki dinlenilme hakkının tam olarak sağlanmasından geçer. Yargılamada yer alan kişiler yargılamanın basit objesi haline getirilmemeli, onlara yargılamaya gerçek anlamda etki edebilmeleri için söz hakkı verilmelidir. Hukuki dinlenilme hakkı, bir kimsenin kendisi ile ilgili yargılamada tam bilgi sahibi kılınmasını, bilgi sahibi olduğu yargılamada açıklama ve ispat hakkını tam olarak kullanabilmesini, yargı organının bu açıklamaları tam olarak dikkate alıp değerlendirerek karar vermesini ve kararların sürprizlere açık olmasını gerekli kılmaktadır⁽⁶⁾.

Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, adil yargılanma hakkının bir sonuçtan daha çok sağlıklı işleyen bir yargılama sürecini ifade ettiğini söyleyebiliriz. Çünkü, her yargılama sistemi, sosyal yapı ve ihtiyaçlar dikkate alınarak, ülkeye, zamana ve tercihlere göre, hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları çerçevesinde kabul edilebilir farklı kuralları benimseyebilir. Ancak, yargılamada işleyen sistem mutlaka sağlıklı olmalıdır. Sağlıklı bir yargılama süreci, sağlıklı bir sonucu da mümkün kılacaktır. Bunun için adil yargılanmanın asgari şartları mutlaka yerine getirilmelidir; bir takım özel durumlar ileri sürülerek bu asgari şartlardan vazgeçilmesi mümkün değildir. Sağlıklı bir yargılama süreci, taraflar ve yargı organları arasındaki sağlıklı bir iletişimi zorunlu hale getirmektedir. Nitekim bu sebeple adil yargılanma hakkı doktrinde Akıllıoğlu tarafından "Günümüz yargılama huku-

ku öğretisinde geçerli olan kuramlar gözönünde tutulacak olursa doğru yargılama, muhakeme sürecinin başlangıcından sona ermesine kadar olan çeşitli evrelerde muhakeme özneleri arasında kurulan iletişim ağının özellikleri ve işleyişi ile ilgili kurallardan, yaklaşımlardan oluşmaktadır. ...Kısaca ve genel olarak belirtmek gerekirse, muhakeme sürecinde yargılama makamına ait yetki ve görevler ile taraflar arasındaki iletişime ilişkin kurallar ve bunlara göre taraflara sağlanan haklar olmak üzere iki büyük muhakeme kuralları kesimi ayırt edilebilir" şeklinde de açıklanmaktadır⁽⁷⁾.

C. Oyun Teorisinin Hukuk Uygulaması İle İlişkisi

Hukuk, kurallar anlamında tanımlandığında, genel olarak, hukuk süjelelerinin (yani insanların veya insanların oluşturdukları toplulukların) birbirleriyle ilişkisini düzenleyen ve yaptırım olan kurallar bütünüdür. Hukuku, hukuk uygulaması anlamında ise, soyut kuralların somut olaya uygulanarak bir uyuşmazlığı çözen sonuca varılmasıdır şeklinde tanımlamak yanlış olmayacaktır. Yani hukuk uygulaması, bir süreci ifade etmektedir. Aslında bu basit bir mantıksal çıkarsamadır: Büyük önerme, küçük önerme ve sonuç. Bu süreç ne kadar sağlıklı işlerse sonuç o kadar sağlıklı olacaktır. Bu süreç basit bir şekilde tek kişinin rol aldığı bir oyun şeklinde işlemez; süreçte birden fazla oyuncu bulunmaktadır.

Hukuk uygulaması bakımından davacı ve davalı, yani iddia ve savunma olarak iki temel taraf bulunmaktadır.

(6) Hukuki dinlenilme hakkı için bkz. Pekcanitez H., Hukuki Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753 vd.; Özkes, s. 1 vd.

(7) Akıllıoğlu T., "Adalet Kuramı ve İnsan Hakları", Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu (Editör: Adnan Guriz), Ankara 1994, s. 38.

Bu iki tarafın menfaatleri kural olarak birbirinin zıddıdır. Bu menfaatleri dengelemek ve doğru karar vermek bakımından, yargılamanın üçüncü unsuru olan mahkeme ve mahkemede hâkim devreye girmektedir⁽⁸⁾. Yani yargılama iddia, savunma ve karar şeklinde üçlü bir ilişkiyi gerekli kılmakta, bu ilişkide de roller davacı, davalı ve hâkimden oluşan üç oyuncu tarafından paylaşılmaktadır.

Oyun teorisini hukuka basit şekilde uygulayacak olursak:

Bu oyunda özellikle davacı ve davalı olan oyuncular kural olarak tam bir rekabet halindedirler. Hâkim ise, bu iki oyuncuya eşit, fakat daha uzak bir noktada durmaktadır. Oyun içerisinde davacı ve davalının menfaatleri yanında, toplumun menfaati de önemli ölçüde gözetilmelidir. Tarafların menfaati kendileri için en iyi sonucu elde etmekten (esasen baskın strateji olarak davayı mutlaka kazanmalarından), toplumun menfaati ise, sağlıklı ve adil bir karar verilmesinden geçmektedir⁽⁹⁾. Zira, sağlıklı ve adil bir karar, uyumsuzluğu gerçek anlamda sona erdirecek, yargıya güveni ayakta tutacak, uyumsuzlukların sürüp gitmesine engel olarak, sosyal barışı ve hukuk barışını koruyacaktır.

Hukuk uygulamasında bir uyumsuzluğun çözümünde oyunun en iyi şekilde oynanması oyunculara bağlıdır. Bu oyunun kurallarına göre iyi bir şekilde oynanması, oyunun herkes için en iyi şekilde sonuçlanması demektir. Bunun için, oyunda rol alan tüm oyuncuların önce kendi rollerinin tam olarak farkında olmaları, oyunun kurallarına tam olarak uymaları, kurallar içerisinde bil-

gi ve yeteneklerini tam olarak kullanmaları ve diğer oyuncuların durumunu da gözetmeleri gerekir. Bu ise, dürüst işleyen bir yargılama süreci ve oyuncular arasındaki sağlıklı ve dengeli bir ilişki ile mümkündür.

Unutmamak gerekir ki, sağlıklı bir hukuk uygulaması, özellikle adil yargılanma hakkının gereklerine uygun bir hukuk uygulaması sonucu, sürprizlere açık, öngörülemeyen sonuçlar söz konusu olamaz. Eskilerin deyişi ile “kerameti kendinden menkul bir karar” veya “tarafları tatmin etmeyen, gerekçesi gerçek gerekçe olmayan kararlar” gerçek bir mahkeme ve yargılama sonucu oluşmuş karar değildir. Tarafların oyun içerisinde oynadıkları roller çerçevesinde, temiz bir oyunun sonucun, hak eden kazanacak veya bir denge durumu ortaya çıkacak; sonuçta menfaat dengesi hem taraflar hem de toplum için yeniden kurulacaktır.

Bu oyunda, her iki taraf iyi hazırlanır ve bilgili olur, bu arada birbirleriyle rekabet içinde olmalarına rağmen, en iyi sonuca yönelik çalışarak centilmence -dürüst - bir yargılama için ellerinden geleni yaparlarsa; ayrıca, hâkim de iyi hazırlanır, bilgili olur ve yargılamanın en iyi şekilde ve centilmence yürütülmesini sağlarsa, dava herkes için en iyi şekilde sonuçlanır. Çünkü:

• Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, kararlar sürprizlere açık olmayacağından, taraflar normal şartlarda, davanın gidişini mevcut duruma göre baştan hesap edebilirler. Bu çerçevede;

• Kazanacağı bir dava için, taraf elinden geleni yapar ve hâkime güvenebilir.

• Kaybedilecek davada da, bu konuda kaybetmemek için alınabilecek gerekli tüm tedbirler alınır, ancak kaybetme ihtimaline göre de hazırlık yapılır, gerekirse karşı tarafla anlaşma yolu seçilebilir.

• Taraflar ve hâkim yeteri kadar bilgili olur ve üzerlerine düşeni tam olarak yaparlarsa, bu sonuçlarda sapma olmayacağından normalin dışına çıkan bir durum da söz konusu olmayacaktır.

• Yani bu oyunun sonunda herkes kazanır:

• Kaybeden kaybedeceğine göre hazırlık yapar ve buna göre bir strateji uygular, olduğundan veya beklediğinden daha kötü duruma düşme ihtimali yoktur. Gerekirse uzlaşma yoluna gidilir. Gerçek bir uzlaşma ile ortaya çıkan çözüm ise, hukukta her zaman bir başarıdır.

• Kazanan zaten kazançlı çıkmıştır, istediğini elde etmiş olur.

• Hakim sağlıklı bir karar vermiş, adalet gerçekleşmiş olur.

• Adalet gerçekleşirse toplum kazanır.

• Sonuçta:

İki taraf ile onların avukatları ve hâkim görevini tam ve doğru yapmış, bildiği ölçüde bilgiyi paylaşmış, işbirliğini sağlamış olacak, bunun sonunda da sorun çözülmüş hem de doğru çözülmüş olacaktır. Sorunun çözümü de yeni sorunlara yol açmayacaktır.

D. Oyun Teorisinin Adil Yargılanma Hakkı İle İlişkisi

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, oyun teorisi bir sonucun ötesinde bir süreci de gözetmeyi ve en iyi sonuca ulaşacak şekilde bir

stratejiyi de gerektirmektedir. Bu strateji içinde, birey kendi çıkarı ile diğer bireylerin çıkarlarını dikkate alacak, grubun çıkarının da en üst noktada gerçekleşmesini sağlayacak bir dengeyi gözetecektir. Bu “kazan-kaybet” değil, “kazan-kazan” anlayışı olarak da ifade edilmektedir. Adil yargılanma hakkında da aslında böyle bir denge durumu söz konusudur.

Adil yargılanma hakkı, oyun teorisi ile yakından ilişkilidir. Yukarıda hukukla oyun teorisi arasındaki ilişki açıklanırken belirtildiği üzere, bu oyunun oyuncuları olan davacı, davalı ve hâkim kendi üzerlerine düşeni en iyi şekilde yapar ve yargılamadaki dengeyi gözetirlerse, herkes için en iyi sonuç gerçekleşmiş olacaktır. Çünkü, temiz bir oyun ortaya konulduğunda, iyi bir sonuç da oluşacaktır. Adil yargılanma hakkı, yargılamanın bu denge bozulmadan yürütülmesini, yargı organının bu dengenin sağlıklı şekilde yürütmesini sağlarken kendi üzerine düşeni tam olarak yapmasını, tarafların da dürüstçe olmayan yöntemlere başvurmadan birbirlerinin haklarını gözeterek, kendileri için en iyi sonucu elde etmeye çalışmalarını sağlar. Bu itibarla, oyun teorisinin yargılamada -hukuk uygulamasında- en iyi gerçekleşme şekli, adil yargılanma hakkının tam uygulanmasıdır.

Dikkat edilirse, bu çalışmaya konu edilen oyun teorisi ile adil yargılanma hakkının ortak yönü, sonucun dışında sürece ilişkin prosedürleri de içermiş olmalarıdır. Adil yargılanma hakkı, özünde yargılama süreçleri arasındaki sağlıklı bir iletişimi ve etkileşimi gerekli kılmaktadır. Çünkü, en iyi sonuca en iyi süreçle varılabilir. Bir süreç grubun her bir bireyinin katkısı ile işler.

(8) Bu çerçevede hukuk uygulamasında, “kavram hukukçuluğu” ve “serbest hukukçuluk” karşısında “menfaat ve değerlendirmeye hukukçuluğu”nun önemi hakkında örnekleriyle birlikte özet bilgi için bkz. Serozan R., İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002, s. VII vd.

(9) Bu sebeptir ki Romalılar, hukuku, “adaleti ve hakkaniyeti gerçekleştirme sanatı” olarak da tanımlamışlardır (Ius est ars boni et aequi).

Grup içerisinde, tarafların menfaatleri çatışsa, taraflarla hâkimin rolü farklı olsa da herkesin birbirini dinlemesi, etkilemesi ve birbirine katkıda bulunması gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere oyun teorisi çerçevesinde denge teorisi, “bütün oyuncuların kendine göre en yüksek kazancı getirecek bir stratejisi vardır, ama bu baskın strateji, oyunda tek oyuncu olmadığı için uygulanamaz, o yüzden de bir denge durumuna oyuncular razı olmalıdır” anlayışına dayanmakta, dolayısıyla diğer bireyleri de var kabul etmeyi ve dinlemeyi gerekli kılmaktadır. Adil yargılanma hakkının başlıca şartı hakkaniyete uygun bir yargılamadır. Hakkaniyete uygun yargılamanın vazgeçilmez iki temel unsuru, “silahların eşitliği” ve “hukuki dinlenilme hakkı”dır. Silahların eşitliği, tarafların yargılama sürecinde eşit şartlarda yer almasını ve onlara yargılama içerisinde tüm aşamalarda, ayrıca ispat hukuku çerçevesinde eşit fırsat verilmesini gerektirir. Hukuki dinlenilme hakkı ise, tarafların yargılama hakkında bilgi sahibi olmalarını, tam olarak açıklama ve ispat haklarını kullanmalarını ve bunların yargı organınca dikkate alınıp değerlendirilmesini zorunlu kılar. Bu çerçevede, yargılama içerisinde taraflar eşit şekilde var kabul edilerek dinlenmeli, görüşleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Çünkü, eski bir hukuki özdeyiş olarak “bir tarafın dinlenmesi aslında kimsenin dinlenmemesidir”. Adil yargılanma hakkı çerçevesinde yargılama yapan bir hâkim, yargılama

kuralları çerçevesinde taraflara eşit fırsatlar tanıyan, onları şekli ve maddi anlamda dinleyen ve tüm bunları tam olarak değerlendiren hâkimdir. Bunu şu şekilde formüle etmek yanlış olmayacaktır: Adil yargılanma hakkını sağlayan hâkim, “ilgi ile dinleyen bilgi ile değerlendiren” hâkimdir.

Tüm bu süreçler dikkate alındığında, bireyler birbirlerini var olarak ve değerli kabul etmeli, birbirlerinden yararlanmalı, dinlemeli ve anlamaya çalışmalıdır. Bunu “karşımızdakini dinleyerek varederiz” şeklinde özetleyebiliriz⁽¹⁰⁾.

Oyun teorisindeki denge kuralı, adil yargılanma hakkı ile hukuk uygulamasında kendini göstermektedir. Salt kendi menfaatini öne çıkaran, kendi menfaati için karşıdakini yok sayan veya sonucu elde etmek için her şeyi meşru kabul eden, rekabet varsa her şey meşrudur anlayışı, ne denge teorisinin ne de adil yargılanma hakkının kabul ettiği bir anlayıştır. Bu sebeple, adil yargılanma hakkı çerçevesinde gerek taraflar gerekse hâkim, her aşamada yargılama içerisindeki karşılıklı menfaatleri ve dengeyi gözeterek yargılama sürecini işletmelidir. Tekrar vurgulamak gerekir ki, sağlıklı işleyen dengeli bir süreç sağlıklı ve dengeli bir sonucun da garantisidir. Hukuk uygulamasında soyut ve genel olarak adalet gerçekleştirilmeye çalışılır. Ancak adalet konusundaki çok yönlü tartışmaya girmeden şu söylenebilir: Esasen bir yargılamada somut olarak amaçlanan şey, bozulan menfaat dengesinin yeniden kurulmasıdır. So-

nuçta bu dengenin kurulması, dengeli ve adil bir yargılama ile mümkündür.

Sonuç

İnsan hakları, demokrasi ve hukuk devleti son yüzyılın yükselen değerleridir. Bu değerlerin yargılama alanındaki en önemli yansıması adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı, yargılamanın insan haklarına ve demokratik kurallara en uygun şekilde yapılmasının garantisidir. Bu garanti, basit anlamda doğru bir karar verilmesini değil, doğru ve centilmence bir yargılamanın yürütülmesini de zorunlu kılmaktadır.

Son yüzyılın bir çok alanda geçerli olan teorisi ise, oyun teorisidir. Oyun teorisi bütün, ben kazanayım, ancak karşı taraf kaybedsin anlayışını bırakmış, ben kazanayım ancak karşı taraf da kazansın şeklinde denge teorisini, bu çerçevede sosyal olaylarda strateji geliştirmesini kabul etmiştir.

Hukukta adalet, basit şekilde haklıya hakkını vermekle sağlanamaz; haklıya haklı olduğu ölçüde hakkını verirken başka haksızlıklara da yol açmamayı gerekli kılmaktadır. Sağlıklı bir yargılama süreci sağlıklı bir sonucu da mümkün kılacaktır. Bunun için yargılama içerisinde yer alan davacı - davalı - hâkim üçlüsünden oluşan oyuncuların rollerinin farkında olarak, bilinçli şekilde oyunu oynamaları; hile yapmamaları, dürüst ve temiz bir şekilde sürecin işlemesine katkıda bulunmaları gerekir. Bu hem oyun teorisi içerisinde denge teorisinin hem de adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Denge teorisi hukuk uygulamasında adil yargılanma hakkını gerekli kılmakta; adil yargılama süreci denge teorisini hukuk uygulamasında en iyi şekilde yansıtmaktadır.

(10) Cüceloğlu D., *Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim Donanımları*, 2. Basım, İstanbul 2002, s. 135. Cüceloğlu bu konuda şu tespiti yapmaktadır: “...insanoğlu varoluşunu... beş soruyla ilişkiler içinde tanımlar. Bu sorular bilinçli olarak değil, sezgisel olarak varlığını hissettirir; kişi bu soruların yanıtını aradığını bilinçli olarak değil, ancak sezgi yoluyla hisseder. İletişim ortamında canın (=insanın öznel iç dünyası) sezgisel olarak sorduğu beş soru şunlardır: 1-Kaale alınıyor muyum? Beni umursuyorlar mı? 2- Kabul ediliyor muyum? Beni olduğum gibi, yargılamadan kabul ediyorlar mı? 3- Değerli miyim? Beni vazgeçilmez ve eşsiz olarak görüyorlar mı? 4- Yeterli miyim? Beni becerikli, bir şeyler yapabilecek güçte görüp yapabileceğime güveniyorlar mı? 5- Sevimliye layık mıyım? Beni ben olduğum için özleyip, benimle zaman geçirmek istiyorlar mı?” (Cüceloğlu, s. 87 vd).

Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Kimliği

Çetin Aşçıoğlu^(*)

Tanrıya dua edin; sizi yargıç kimliğini kazanmamış ya da kaybetmiş memurlaşmış bir yargıç önüne çıkartmasın.

Çağdaş demokratik toplumlarda, hiç bir organ ve kurum tabu (dokunulmaz) değildir; saydamlık, açıklık ve eleştiri bilimselliğin de hukuk devletinin de gereğidir. İğriliklerden korunmanın, "toplumun mutluluk aşısı güvenin" sağlanmasının başka yolu yoktur.

Türk yargısı, uzunca bir süredir, "ya tuz da kokarsa" kuşku ve uyarılarını haklı çıkarırcasına güvensizlik bunalımında içinde topal aksak hak ve adalet dağıtmaya çalışmaktadır. Doğrusunun, eğrisinin bir birine karıştığı eleştiri ve söylentilerin giderek yaygınlaştığı bu dönemde; birey, doğru ve güvenli yargılanıp yargılanmayacağı kuşkusu içinde yargıç önüne çıkmaktadır.

Güvensizliğin boyutları bireylerle sınırlı kalmamakta; Yargıç avukata, avukat yargıca, yüksek mahkemeler yerel yargıçlara güvenmemektedirler. Daha önemlisi yargıçların, önemli bir bölümü, özgüven duygusundan da yoksunlar. Yargıya güvensizliğini açıkça dile getiren ya da güvenini yargı içinde kadrolaşmayla sağlamaya çalışan politikacıyı da unutmamış bu da biline.

Güvensizlik boyutlarının doruğa ulaştığı bir yargı düzeni; ne ulusumun ne de insanın alın yazısı olamaz. Bu

nedenle öncelikle şu soruya yanıt aramalıyız: Yargı olumsuzluklardan nasıl kurtulur? "Asiye" yi bile kurtarabildik mi?" karamsarlığına kapılmamak gerekir. Gerçekleri söyleyip eleştirerek, sorgulayarak, tartışarak ve çözümler üretmek çağdaş bir yargı düzenine kavuşmak zor olsa da olanaksız değildir. Biz yaşlı kuşak görmesek de arkamızdan gelenler adalet güneşinin ve aydınlığını göreceklerdir.

Bir çalışma alanı; doğal ve olmazsa olmaz nitelikteki koşulları yoksun bırakırsa kirlenme, yozlaşma ve güvensizlik kaçınılmazdır. Bu nedenle öncelikle yargı düzeninin "doğal ve evrensel koşulları"nın ülkemizdeki boyutları sorgulanmalı.

Yargı bağımsızlığı "hak aramanın son kapısında "olmazsa olmaz" nitelikte bir koşul. Ne var ki, kavramın özünü içeriğini yargıcıyla, avukatıyla, politikacıyla, bürokratiyle bilmiyoruz; bilim adamı bilse de etkili olamıyor. Bir tek bilen var; somut olaylarda da, hak bilincini ve ateşini yüreğinde duyarak hak arayan birey.

12 Eylül Yönetimi'nin 1981'de gerçekleştirdiği ve bu günkü düzenin alt yapısını oluşturan yargı darbesinden sonra yargı bağımsızlığı büyük ölçüde tartışılır duruma geldi. Oysa, ister katılsınız ister katılmıyorsunuz, "çağdaş örneklerini bile aşan yargıç güvencelerine

karşın" 1961 Anayasası döneminde de yargı bağımsızlığı tüm boyutlarıyla gerçekleşmemişti. İki şeyi unutmuştuk; "yargıçların da insan olduğunu" ve "bireyin hak bilincini ve doğru ve güvenli yargılanma beklentisini". Bu gün bile süren bu unutkanlık ya da bilmemeçlik; 1981 yargı darbesinin getirdiği düzen içinde aslında tam gelişmemiş yargıç kimliğinin yitimine neden olurken yerini memurlaşmış yargıç kimliğini oluşturdu.

İşlevi, yargıç kimliğini oluşturmak olan yargı bağımsızlığı amaç değil araçtır. soyut bir kavram olan yargı bağımsızlığının içeriği, somut olanaklarla doldurulmadıkça, yargıç kimliği konusunda yüklendiği işlevi yerine getirmesi olanaksızdır.

Yargı bağımsızlığına işlevsel bir nitelik kazandıracak evrensel nitelikteki somut olanakları altı başlık altında toplayabiliriz:

1- Yargıçların çalışma güvenceleri başka bir deyişle "yer ve görev güvenceleri" olmadıkça yargı bağımsızlığından söz etmek olanaksızdır. Yargıçlar kurulumu oluşumu ne denli bağımsız görünümde olursa olsun; bu güvencelerin tanınmadığı bir yargı düzeninde yargı bağımsızlığı gizil bir tehlike ile karşı karşıyadır. Yargıçlar, kurul üyelerinin olası keyfi işlemlerine karşı da korunmalı. İyi niyetli yer ve görev değiştirmeler bile; yargı bağımsızlığına gölge düşürür.

Kaldı ki, iyi niyet ya da kötü niyet kavramları görecelidir. 1980 öncesi ve sonrası kurullar, yargıçların görev ve yer konusundaki yetkileri nedeniyle; yargı bağımsızlığını tartışılır duruma getirdikleri gibi kendileri de yıpranmışlardır. Nitekim 1981 yargı darbesinin önemli bir gerekçesi kurul üyelerinin

önemli bir bölümünün yolsuz işlemlere adlarının karışması gerekçe olmuştur. Geçtiğimiz aylarda bazı kurul üyelerinin basında yer alan olumsuz tutumları da göz ardı edilmemelidir.

2-Devlet'in üç organından biri olan yargı, ekonomik alanda da ancak memurlar kadar güvenceye sahiptir. Yargıç, ekonomik açıdan, ülke olanakları ölçüsünde, güvencede değilse yargıç kimliğinden şüpheler beklenmelidir. Yargıçların akçalı sorunlarının sürekli siyasal gücün değer yargılarına bağlı olması yerine yargı bağımsızlığı ve yargıç kimliğiyle bağdaşır kalıcı düzenlemeler getirilmelidir.

3- Yargıçların denetimi ancak yargısal alanda ve boyutlarda olmalı; yönetsel nitelikte organların görevlendirdikleri kişilerce yapılacak denetimeler yalnız memurlara özgüdür. Bu işlevin müfettiş hakimlerce yapılması sonucu değiştirmez; kaldı ki, bu gün denetimi tümüyle Adalet Bakanlığı'nın yetki ve yetkesi altındadır.

Adalet Bakanlığı'nın düzenlediği yönetmeliğe ve hakim müfettişlerin düzenlediği hal kağıdına şöyle bir bakmak sanırım yeterli olacaktır: Buna göre müfettiş hakim: Yargıcın y a n s ı z l ı ğ ı — d a v a l a r a, u s u l h ü k ü m l e r i n e v u k u f i y e t i (anlama bilme) ve r i a y e t i (uyma) — i f a d e l e r i z a p t a g e ç i r m e b e c e r i s i — i s a b e t l i k a r a r v e r m e y e t e n e ğ i — k a r a r l a r l a r ı n y e t e r l i g e r e k ç e y i t a ş ı m a s ı — p o l i t i k v e i d e o l o j i k g ö r ü ş l e r i — b a k a n l ı k g e n e l g e l e r i n i i z l e m e v e u y g u l a m a s ı konularında yargıcın yükselme ve atanmasına etkili olacak bilgileri saptamak yetkisine sahiptir. Yargıcın hakkında düzenlenen belgede

(*) Yargıtay Onursal Üyesi ; cetina@ mail.koc.net

neler yazıldığı konusunda bilgi sahibi olmaması da ayrı bir sorundur.

Ne dersiniz, böyle bir düzende yargıç kimliğini koruyabilir mi? Korkutucu ve ürkütücü değil mi?

Çarpışan hak ve çıkarların bulunduğu alanda yargılama işlevini yürütmek güç ve tehlikeli iştir; yargıç, erdemli kişiliğini oluşturan özgüven, yüreklilik gibi değerlerini yitirmemiş olarak kürsüye çıkmalıdır. Müfettiş hakim yargısal alana gelmesi ve kaldığı odanın üzerinde "müfettiş hakim" yazması bile en azından yargıcın tinsel değerlerini olumsuz etkiler. Özgüvenini, yürekliliğini yitirmiş yargıcın memurlaşması kaçınılmazdır.; günümüzde giderek yaygınlaştığı gibi.

4-Yargıçların bir kademedен diğerine geçişinde, yükselmelerinde yönetsel değer yargıları ya da kararlarının doğruluğu yanlışlığı değil bilimsel ve ussal ölçüler temel alınmalıdır. Oysa bu gün ülkemizde; yargıçlar, Yargıtay'dan geçen kararlarına verilen notlara, iş çizelgelerine ve müfettiş yazanaklarına göre yapılan derecelendirilmelere göre yükseletilmektedir.

Bu düzen, çağdaş bir yargı düzeni kurmuş ülkelerin hiç birinde görülmeyen ve yargı bağımsızlığıyla bağdaşmayan bir durumdur. Örneğin Almanya ve Fransa'da; yargıçlar, belirli aralıklarla düzenli olarak bir üst kademeye yükseltilir. Not beklentisiyle ya da siyasal gücün etkinliği içinde görev yapan müfettiş hakimlerin yarattığı tinsel baskı ile yargılama yapan yargıcın, yargıç kimliğinin yozlaşmayacağı söylenebilir mi? Yargıç kimliği yozlaşınca yargı bağımsızlığından söz edilebilir mi?

5-İş yoğunluğu, bir başkasının hak alma beklentisinden yapılan bir çalımadır Özellikle büyük kentlerimizde bu

bağlamda sıkıntı çekildiği bir olgudur. Ne var ki; bu olumsuz koşulu abartılı olarak ön plana çıkarmakta hatalıdır. Çünkü iş yoğunluğu olmayan mahkemelerde de aynı sorunlar yaşanmaktadır.

Günümüzde bireyler arasındaki ilişkilerin çeşitleri ve içeriği giderek artarak karmaşık durumlar sergilemektedir. İş yoğunluğunu ülkenin koşullarında azaltmakla birlikte; yeni adlarla uzmanlık mahkemeleri kurma yerine; mahkemelerin çalışma alanlarını işin niteliğine göre oluşturacak biçimde düzenlenmeli.Örneğin Asliye Hukuk Mahkemelerini " aile hukuku" " ayni haklar" " Sözleşme ilişkisinden doğan borçlar", " sözleşme dışı sorumluluklar" gibi bir ayırım içinde yargıçları görevlendirme.

Ayrıca iş yoğunluğu, yargıçların usul hukukunun buyurucu kurallarına uyulmamasından genelde bilgi yoksunluğu ve avukatların da görev yapmamasından kaynaklandığı da bir olgudur.

Buraya kadar yaptığım açıklamalar üzerine şu soruyu sorabilirsiniz: Yargıçlara tanınacak bu özgürlükler ve olanaklar yol ve yöntemine aykırı keyfi davranışlara neden olmaz mı? Yargıçlar da insan olduğuna göre böyle bir kuşku ve beklenti kuşkusuz gündemde olacaktır. Ancak yargıç bağımsızlığının içeriğini oluşturacak bu güvence ve özgürlüklerin az yada çok kısıtlanması; bunların tanınmasından daha tehlikelidir.

5- Ne var ki; yargı bağımsızlığından amaç, yargıç kimliği oluşturmak olduğuna göre; bu güvence ve özgürlüklerin yaratacağı olası tehlikeleri önleyecek önlemlerin de alınması gerekir. 1961 Anayasası getirilen düzenin başarılı olmamasının önemli bir nedeni bu önlemlerin alınmamış olmasında aranmalı.

Yargıçların, kendilerine tanınan güvence özgürlükleri kötüye kullanmamasını ise üç ana başlıkta toplayabiliriz.

*Bilgi , kültür ve beceri ; yargılama ya sanatsal bir içerik ve görünüm kazandıran estetik değerlerin etmenleridir. Yargısal çalışma her kademedeyi duygu ve tasarım ve güzelliğine oluşmak zorundadır. Bu da bilgiyle, kültürle olur. Yargıçlar kendi bilgisizliklerinin esiri oldukları an yargı bağımsızlığından söz edilemez. Bu gün yargı alanında en büyük sorun kanımca budur. Bu çözülmedikçe hiçbir sorunu çözemeyiz. Ancak en zor olanı da budur; sanırım işe hukuk fakültelerinden başlamak gerekir. Yargıçlara bilgisizlik özgürlüğü tanınmamıştır.

* Yargıç etiği; yargıç, yargılama yaparken yalnız bir izleyici gibi yargılama konusu eylemin yapılmaması gereken bir eylem olup olmadığına karar veren kişi değildir. Yargıladığı kişinin birileriyle ya da yargılanan yanların birbiriyle olan ilişkine karışarak kendi özgü duyarlı bir alan yaratan kişidir. Sanırım, bireyin yargıcını seçme hakkı da olmadığına göre bu duyarlılığın boyutları daha iyi anlaşılır.

İşte yargıç, kendine özgü duyarlı alanda bir eylemin olumlu ve olumsuz yönlerini gözden geçirerek bir yargıya ulaşırken; yargıladıkları kişi ya da kişilerle etik ilişki içinde olurlar⁽¹⁾ Yargıç bu etik ilişki de yalnız yasa uygulayıcısı değildir. İnsanın insan olarak sahip olduğu değerler ile yargılamanın amaçlarının yöneldiği değerleri güncelleştirerek koruyan kişi olarak sorumluluk bilincini yüreğinde duyması gerekir kişidir.

İçinde bulunduğum çağ, insanlık onurunun her şeyden önce korunduğu

bir hukuk ve toplum düzeni öngörmektedir. Bu nedenle yargıç, yargılama çalışmasının her aşamasında yargıladığı hemcinslerinin tüm değer ve haklarını göz ardı etmeden ve ölçülü davranmakla yükümlüdür. Bu bağlamda yargılanan kişiyi dinlemek, sorunlarını anlamada ve çözmede yüksek özen göstermek, yargılananların insan olarak onurunu çiğnemenin yargılama yapmak insan olmanın ve insana saygı duymanın gereğidir. Bu da etik değerleri içine sindirmekle olur.

Ne var ki, biz yargıçlar, çoğun, bu etik ilişkinin değeri konusunda bilgi yoksununuz. Bu bir bakıma doğal karşılanmalıdır; çünkü ne bilim yuvalarında ne de meslek içi eğitimlerinde etik konusu hemen hemen hiç işlenmemektedir. Yargıç etiğinin oluşmasında; örnek alınacak yargıç kimliğine sahip yaşayan ya da yaşanmış tipler de önemli kaynaklardır. Ancak son yıllarda örnek alınacak tipler giderek azalmakta; yerine yargıç kimliğini sömüren tipler almaktadır.

Bu bağlamda güncel bir konudan örnek vermek isterim: Yargıtay Başkanı ayın Özkaya çalışma alanını kötüye kullanmamış iyi niyetle bir yargıç. Ancak " görülmemekte olan bir dava hakkında bireylere bilgi verme", " işini gören bir yüklenicinin ve mit mensubunun davetini kabul ederek bir sofrada bulunma" yargıç etiği ile bağdaşmayan bir davranıştır. Bırakınız bir Yargıtay başkanını bir yerel yargı yerinde çalışan yargıcın bile yapmaması gereken bir davranışla karşı karşıyayız. Sayın başkanın etik değerleri konusundaki bilgi yoksunluğunun ya da özensizliğinin yarattığı bunalım ve kuşku iyiyet gerekçesizle hoş göremeyiz. Ce-

(1) Ioanna Kuçuradi Etik

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 değerlendiren, 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. Toplumların 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 egemen 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 refleksleri 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 şekliyle 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-

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 anlayabilmek 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 arzulan 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, dogmalastığı, bir tür saplantıya ve tahakküme dönüştüğü durumlar bulunmaktadır.⁽¹⁰⁾ Burada amacımız etik değerleri de içine alan, ancak ondan çok daha geniş bir sosyal tavır 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 gerçekliğinin 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 yurttaşın göre üzerinde durulması gereken tehlikelere işaret etmektedir. Kim nefer 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.⁽¹²⁾ 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, arzulan ve amaçlanan bir sonuca da

(12) "Yasa siyasal iktidardakilerin arzularıyla özdeş kılınır. Adliye, polis, tıbbiye, polis, tıbbiye ile çelişki olmaması gerekir, polis gücünün bir dalı olarak bakılır. Polis gücü de özellikle seçkin sınıftan gerçek ya da hayali siyasal ve toplumsal düşmanlarına karşı bekçilik görevini üstlenmektedir." H. Odera Oruka, *Yasal Terörizm ve İnsan Hakları*, Çev. T. Anđ, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Türkiye Felsefe Kurumu, Haz. İ. Kuçuradı, 2. Baskı, Ankara 1996, s.139.*

(9) Guéhenno, s.70.

(10) "...Türk toplumu, yolsuzlukları özendiren bir ahlak anlayışına sahip. "Balığın baştan koktuğu", "Devlet malının deniz, yemiyenin domuz" sayıldığı, "balı tutanın pannağını 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-plani üzerine kurulur: farklı tarihsel şekilleriyle meşru tahakkümü somutlaştırır." Marc Abélès, *Devletin Antropolojisi*, Çev. N. Ökten, Kesit Yayıncılık, İstanbul 1998, s.89.

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, İstisari 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 konform 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 Gönençin, 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 bîrim 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 adayının mesleğinin kamu görevi bilincini, ödevini ve bunun felsefesini öğretmekte midir?

g) Adaylık sürecinde yargıcın eğitim ve öğretiminde bir amaçsalılık 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 tükeneşi götürdüğü görülmektedir.

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 uyg-

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 zor-lanmaktadır.⁽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 makamın 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 kuralları 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 sürmüştü, 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 haykırının 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, HFSA, 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

memurlaştırmıştır. 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 gerekmektedir.⁽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 çözümlayici 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 kılındığı 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 etmelidir” 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 aldığı 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 adaletle 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 adaletle ulaşma yolunda biçimlendirdiği ve geliştirdiği süreçlere gereksinim vardır. Kısacası yargıcın benliğinde adaletle 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, adaletle 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 adaletle 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 yamsamsal 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 etmemesinin 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 sahibi 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 amaçsalılık içinde değerlendirilebilir. Burada hakkaniyete vurgu yapılarak adaletle dönük yamsamsal 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 ilkelerini ve unsurlarını da belirlemektedir. Bu bağlamda hukuk devletin önemli unsurlarından biri kuvvetler ayrılığı ilkesidir.⁽⁹⁵⁾ Devlet iktidarının üçlü ayrımına 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 dışarıdaki 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 yasaı 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 yığılmalarına 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 araçlaşabilmektedir. 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 amaçsalılık onun tam da özüne yerleşmektedir. Bu amaçsalılık 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.

(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..

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, güvenlikten, 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 değerlenmesi, ulusüstü 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, yargıca göreve çağırın 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 düzenin 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-

mek ve uyruk olmak istemektedirler: o da adaletin isteğine uymaktan başkası değildir; adalet hükmünün tüm kamu otoritelerinin işlevi olması gerekmekte 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

zumesidir. Huzur ve güveni sağlayan da budur. Evde, okulda, işyerinde, toplumda olan ve olması gereken düzenden de bu anlama gelmektedir ve bunu anlamak gerekir.

Sosyal düzen kurallarının din, ahlâk, görgü ve hukuk kurallarından oluştuğu kabul edilmektedir. Düzeni en çok sağlayan ve/ya da sağlaması gerekenin de hukuk kuralları, yani hukuk olması gerekir. Çünkü, düzenin sağlanması, düzeni bozmaya yönelik girişimlerin yaptırımla, hem de olabildiğince çabuk/hemen karşılanması, karşılaşması gerekir. Bu özelliğin hukuk kurallarında var olduğu/var olması gerektiği kabul edilmektedir.

Günümüzde hukuk kurallarının yazılı olması asıldır. En azından Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde yazılılık esastır. Yazılı olmayan hukuk kuralı olduğu ifade edilen örf ve âdetin bir hukuk kuralı olarak değer kazanması da yazılı hukuk kurallarının onları tanımalarına bağlıdır.

Hukuk kurallarının bazı özelliklerinden söz edilmektedir. Burada üzerinde durmak istediğim özellikler genellik, soyutluk ve sürekliliktir. Genellik, kişiye özel; soyutluk, olaya özgü; süreklilik ise, zamana özgü olmamayı ifade etmektedir.

Vergi ve Vergi (Hukuku) Alanı

Vergi, Devletin damarlarında dolaşan kandır. Kanın bir organizma için önemi ne ise, Devlet için de vergi o derece önemlidir. (Ancak, kanı oluşturan besinlerin hangi yollardan, nasıl, neden, niçin alındığının önemi büyüktür. Kan emen canlılar, kanı hazır edinirken, diğer canlılar, tükettikleri besinlerin kana çevrilmesini sağlayarak dolaylı yoldan kan edinirler. Devlet, ikisinin arasında bir yeredir. Şüphesiz, kan

emicileri bu özelliklerinden dolayı kınamak doğru değildir. Çünkü doğalarının/yaratılışlarının gereğini yerine getirmektedirler. Yaptıkları onlar için doğaldır. Ancak, kanı emilenler için ise, felâkettir. Devletin doğası gereği, ihtiyaç duyduğu vergiyi/kanı doğrudan-hazır alması- elde etmesi gerekir. Nitekim, günümüzde devletin gelirlerinin büyük bir ekseriyeti vergilerden oluşmaktadır. Ancak, Devlet, sahip olduğu mülk ve teşebbüslerin işletilmesinden, kiraya verilmesinden ve/ya da satılmasında da gelir elde edebilmektedir).

Vergi, zarurî bir fenadır, denilmektedir. Vergi zarurîdir; çünkü, Devletin vergisiz yaşaması mümkün değildir. Fakat verginin güzel, sevimli bir şey olduğunu söylenemez. Vergi devleti kuran üç unsur olan asabiyet, asker, para-dan biridir. Vergi alınmadan, ödenmeden bir toplum hayatı düşünülemez. Ancak, 5N 1K sorularının cevaplanması gerekir.

Vergi neyden alınmalıdır? Gelir, Servet ve Harcamalar üzerinden;

Vergi niçin alınmalıdır? Kamu harcamalarını karşılamak için;

Vergi nasıl alınmalıdır? Doğrudan-dolaylı/beyannameli-beyanname-siz olarak;

Ne alınmalıdır? Vergi, harç vb.;

Vergi ne zaman alınmalıdır? İlkbaharda-Sonbaharda/yıllık-aylık- anlık;

Vergiyi kim almalıdır? Devlet – Mahalli İdareler – Kamu Kurumları;

Vergi kimden alınmalıdır? Gelir elde edenden/Mülk sahibinden/Harcama yapandan/ Hizmetten yararlandan.

Ülkemizde bu temel tercihlerin, enine boyuna tartışılıp toplumsal bir mutabakat sağlanarak yapıldığını sanmıyorum. Temel tercihler yapılmadan bir

sistem oluşturulması mümkün değildir. Sistemi olmayan bir hukuktan söz edilemez. Bütün bunlar, vergi alanında bir temel tercihin olmadığı, sistemin bulunmadığı, vergi hukukunun oluşmadığı sonucuna götürmektedir.

Vergi (Hukuku) Alanına İlişkin Düzenlemenin – Uygulamanın – Yargılamanın İlkeler Açısından İrdelenmesi

Mevcut haliyle hukukun – hukuk kurallarının üç ana aşamadan geçerek anlam kazandığı, işlev gördüğü söylenebilir; düzenle(n)me – uygulama – yargıla(n)ma. Vergi (Hukuku) alanına ilişkin düzenlemenin-uygulamanın-yargılamanın somut birtakım ilkeler, nitelikler bakımından değerlendirmeye tâbi tuttuğumuzda;

1. Hukuk, bir sistemdir. Vergi hukukunun da bir alt sistem oluşturması gerekir. Vergi hukuku ve/ya da geniş anlamda mali hukuk, mali sistemin ve/ya da vergi sisteminin düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, önce mali sistemin oluşturulması gerekir. Oysa, ülkemizde bu yönde bir tercihin yapıldığını söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda, ülkemizde ne gerçek bir ekonomik sistem, ne de mali sistem tercihindense söz etmek mümkündür. Kaldı ki, anayasal sistem – mali anayasa gibi bir tercih de bulunmamaktadır. Var olan, bir paçal yapma, karışım oluşturmada öte gitmemektedir.

2. Temel ve kalıcı bir sistem tercihinin yapılmamış olması, doğal olarak, anayasal vergile(nder)me ilkelerine ve yapılan düzenlemelerin bu ilkelere aykırılığına yansımaktadır.

3. Hukuk devleti, Devletin hukuka uyduğu, devletin kendini hukukla bağlı saydığı /hissettiği devlettir. Oluşmamış hukuka devletin uyması beklenemez; uyması halinde de hukuk devleti oldu-

ğu söylenemez. Kanunlar, hukukun genel ilkelerine, anayasaya ve hukuka; diğer alt düzenlemeler kendilerinden üstteki normlara uygun olmalıdır. İdarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun yapılması; düzenlemelerin ve uygulamaların hukuka uygunluğunun yine hukuka uygun olarak denetlenmesi; hukuka aykırılığın her düzeyde mutlaka bir yaptırımının olması gerekir.

4. Vergilerin Kanuniliği İlkesi, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerinin kanunla konulup değiştirilmesini ve kaldırılmasını; hukuka uygun olarak tarh edilip tebliğ edilmesini ve tahakkuk eden vergilerin/kamu alacaklarının yine hukuka uygun olarak tahsil edilmesini gerektirmektedir. Vergilerin kanuniliği ilkesi, bir yönüyle belirsizlikleri, güvensizlikleri, keyfilikleri ve adaletsizlikleri önleme amacını taşımaktadır. Oysa, keyfiliğin önlenmesi amacıyla kabul edilmiş olan kanunilik ilkesi, yerini Vergilerin Karariliği İlkesine bırakmıştır. Nitekim, vergi (hukuku) alanı, daha çok Bakanlar Kurulu Kararları, Maliye Bakanlığı Genel Tebliğleri – Sirküleri - Özelgeleri ile şekillendirilmekte ve yönlendirilmektedir. Bu düzenleme ve uygulamalar ise, belirsizlikleri, güvensizlikleri, keyfilikleri, adaletsizlikleri beraberinde getirmektedir. Belirsizlikleri gidermek, anlaşılır kılmak; keyfiliklere son vermek; güvensizlikleri ortadan kaldırmak ve adaleti sağlamak gerekir. Oysa, vergi mevzuatı belirsizlikler manzumesidir. Belki de böyle olması istenilmektedir.

5. Hukukî Güvenlik İlkesi, güven içinde ve yarımından emin olmayı gerektirir. Bunun sağlanabilmesi, belirlilik; (aleyhe) düzenlemelerin geriye yürümemesi ve kıyas yasağı alt ilkelerinin benimsenmesine ve bu ilkelere uyulma-

sına bağlıdır. Vergi (hukuku) alanında, en fazla riayet edilen ilke kıyas yasağı ilkesidir. Oysa, belirlilik ilkesinin adı bile yoktur. Vergi kanunları ile vergiye ilişkin düzenleme ve uygulamalara ilişkin diğer metinler hem dil olarak anlaşılır hem de yamalı bohça halinde olduğu için kavranılamaz haldedir. Anlaşılamayan ve kavranılamayan bir şeyin/kuralın uygulanması mümkün değildir.

Hukukî güvenlik ilkesinin bir alt ilkesi olan (aleyhe) düzenlemelerin geçmiş yürümemesi ilkesi zaman zaman ihlâl edilmektedir. Hem yasama düzeyinde/organınca hem de idare tarafından aleyhe hükümler içeren düzenlemeler geçmişe yürütülmektedir. Buna karşılık, lehe olan düzenlemelerden yararlanma konusu ise, belirsizlikler içermektedir. Nisan ayında ödenmesi gereken geçmiş yıla ilişkin bir vergi borcu Ocak ayında ödendikten sonra, Nisan ayında oran indirimine gidilmesi halinde, indirimli oran üzerinden vergi ödeme imkânından, indirimin yapıldığı tarihten sonra ödeme yapacak olanların yararlandırılması bunun tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Vergi alanında belirsizlik kol gezmektedir. Böyle bir düzenlemenin ve uygulamanın hukukla, güvenle, istikrarla, adaletle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, böyle düzenleme ve uygulamaların hukuk olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Vergi suçları ve bunlara bağlanan/uygulanan yaptırımlar alanında yapılan düzenlemelerin, hukukun ve ceza hukukunun ilkelerine aykırılıkları ile sıkça af kanunu çıkarılması bir başka belirsizlik, keyfilik ve güvensizlik kaynağıdır. Aynı durumda olan iki kişi

ve/ya da olaya farklı uygulanan kuralların hukuk kuralı olması düşünülemez.

6. Yine hukukî güvenlik ilkesinin bir gereği olarak bir başka ilke gündeme gelmektedir; ön-izin ilkesi. Ön-izin ilkesi, bütçe kanunu ile hükümete/idareye kamu geliri/vergi toplamaya ve harcamaya izin ve yetki verilmesi anlamına gelmektedir. Bir bütçe yılında mali yükümleri talep etmek için mali kanunun varlığı gereklidir, ancak yeterli değildir. Bu kanunun Bütçe Kanunu'nun (C) cetvelinde yer alması gerekir. Oysa, bütçe kanunu yürürlüğe girdikten sonra, yani bütçe yılı içinde yürürlüğe giren bir kanunun Bütçe Kanunu'nun C cetvelinde yer alması mümkün değildir. Bu itibarla, bütçe yılı içinde yapılan düzenlemenin yürürlüğe konulmasında bu ilkeye uyulmadığı açıktır.

7. Belirsizliğin ve dolayısıyla güvensizliğin bir başka kaynağı sık sık düzenlemeler yapılmasıdır. Bu düzenlemelerin temel felsefesini anlamak, düzenlemelere kılavuzluk edenleri tanımak oldukça zordur. Gerekli ve yeterli hazırlık yapılmadan; belli bir geçiş süreci tanımadan yapılan düzenlemeler ancak ve yalnızca güvensizlik ve belirsizlik oluşturmaktadır. Eskiden ayda yılda bir yapılan düzenleme ve değişiklikler yerine şimdi haftada ayda bir düzenleme ve değişiklikler yapılmaktadır. Bu yapılanların hukuk ve hukuklaşma ile bir ilgisinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Vergi kanunları, bir sonraki yıl yürürlüğe girmelidir. Lehe kanun geçmişe yürümelidir. Çünkü, vergilendirme dönemler itibarıyla yapılmaktadır. Dönemler itibarıyla geriye yürüme; düzenleme, uygulama ve uygulamada istikrar sağlanmalıdır.

8. Vergi Adaleti İlkesi, ödeme gücü olan herkesin ödeme gücü oranında vergi ödemesi olarak ifade edilmektedir. Vergile(nder)mede genellik (yatay adalet) ilkesi, ödeme gücü olan herkesin vergi ödemesi; vergile(nder)mede eşitlik (dikey adalet) ilkesi ise, kişilerin ödeme güçleri oranında vergi ödemesi anlamına gelmektedir. Genellik (yatay adalet) ve eşitlik (dikey adalet) ilkelerine uygun sonuçların elde edilmesi, mevcut anlayışla yapılan düzenleme ve uygulamalarla mümkün değildir. Oysa, adalet hukukun amacıdır. Amacına ulaşmayan, ulaşmaya elverişli araçlara sahip olmayan kurallar, hukuku değil, olsa olsa, kurallar karmaşasını oluşturmabilir.

Vergi (hukuku) alanında, ilkelere göre değil, hazinenin ihtiyaçlarına göre düzenlemeler yapılmaktadır. Bu kadar temel ilkeye aykırı düzenlemelerin hukuk ve bu alanın hukuklaşmış olduğundan söz edilemez. Kanunun varlığı, hukukun varlığı için gereklidir; fakat yeterli değildir. Hukuk, hukukun genel ilkelerine, anayasaya, hukuka ve vicdanî kanaate göre verilmiş kararlardan oluşmaktadır. Hukuklaşma sürecinin temelini de bu süreç oluşturmaktadır. Bilinmeyen, bilinmeyen ve farkına varılamayan kurallar hukuku oluşturamaz. Çünkü, hukuk, kanunları da aşan bir bilim, kavrayış ve bilincidir.

Vergi (Hukuku) Alanında Hukukçunun Yeri ve Rölü

Vergi (hukuku) alanı, hem Devlet hem de kişiler yönünden hassas, özelliği bir alandır. Devlet, üstlendiği kamu hizmetlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirebilmek için yeterli vergi/kamu gelirine ihtiyaç duymakta; bunu sağlayabilmek için kişilerin kasma/kesesine el uzatmaktadır. Kişiler

de, yürürlükte bulunan mali kanunlar çerçevesinde adlarına tahakkuk etmesi gereken vergileri ya hiç ödememek ve/ya da olabildiğince az ödemek gayreti içine girmektedir. Ortaya çıkan çıkarlar çatışmasını hukuka uygun bir çıkarlar dengesine dönüştürmek ve bu dengeyi devam ettirmek (vergi) hukukun(un) görevi olmaktadır. Çünkü, vergi hukuku, bir bütün olarak devlet ile kişiler arasındaki çıkarlar dengesini kurmaya ve korumaya çalışmalıdır.

Vergi (hukuku), hukukçunun pek müdahil ol(a)madığı bir (hukuk) alanıdır. Vergi kanunu tasarılarının hazırlanması ve bunların tasarı haline dönüştürülmesi Maliye bürokrasisi tarafından yapılmaktadır. Oysa, maliye bürokrasisinde, hazine avukatları dışında hemen hiç hukukçu bulunmamaktadır. Hukukçu milletvekillerinin, vergi hukukunu bilmedikleri ve sahiplenmediklerinden, vergi kanunu tasarılarının Bütçe-Plân Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında kayda değer bir etkileri ol(a)mamaktadır. Kaldı ki, vergi kanunları tasarı şeklinde komisyon gündemine alındığından, üzerinde tartışmaya pek fırsat da verilmemektedir. Hukukçu milletvekilleri, vergi hukukunu kendilerine uzak bir alan olarak gördükleri için, Genel Kurulda, tasarıların görüşülmesi sırasında da, tasarı metnini etkileme gayreti içine gir(e)memektedir. Bu şekilde kabul edilen kanunların uygulamasını vergi idaresi yapmaktadır. Vergi idaresinde, memur ve dene-tim elemanı olarak görev yapan hukukçuya pek rastlanmamaktadır. Hukukçular tarafından hazırlanmayan, meclis komisyon ve genel kurulunda görüşülmesi esnasında hukukçunun müdahale etmediği/edemediği kanunların, hukukçu olmayanlarca yapılan uygulamasın-

dan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde görevli vergi yargısı organlarında da hukukçular azınlıkta kalmaktadır. Hiçbir aşamasında hukukçunun etkin bir rol üstlenmediği bir (hukuk) alanın(in) ne derece hukuk olduğu da tartışmalı hale gelmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, en kötü düzenlenmiş kanunlar, vergi kanunlarıdır; en çok uyuşmazlık yaratan işlemler, vergilendirme işlemleridir; en çok tartışmalı kararlar, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin kararlardır denilebilir. El yordamı ile de olsa, düzgün yapılan düzenlemelerin, doğru yapılan uygulamaların, usulüne uygun yapılan yargılamaların ve isabetli verilen kararların varlığının henüz bu tesbiti bertaraf edecek yoğunluğa ulaşabildiğini söylemek mümkün değildir.

Vergi kanunları, bir hukuk metni olmanın yanında, vergi muhasebesi ilkelere de göstermekte/içermektedir. Vergi muhasebesi ile vergi hukuku aynı şey değildir. Vergi muhasebesi, ödenecek verginin hesaplanmasını; vergi hukuku ise, hesaplanan verginin hukuka uygun olup olmadığını incelemektedir. Her iki alanın kendine özgü ilkelere, kurumları vardır. Vergi hukukçusu olmak için, vergi muhasebesi bilgisine sahip olmak lâzımdır, fakat elzem değildir. Başka bir deyişle, vergi muhasebesi bilgisine sahip olmayan bir hukukçunun vergi hukukçusu olması mümkündür; fakat hukuk fakültesi mezunu olmayan bir vergi muhasebecisinin vergi hukukçusu olması düşünülemez.

- Barolar, vergi alanına ilgisiz. Düzenledikleri toplantı, seminer ve sempozyumlar bunu göstermektedir. Hatta hazırladıkları broşürler, bültenler, dergiler bile bunun bir göstergesidir.

- Hukuk dili özellikli bir dildir. Hukuk metinleri, yazıldıkları dilin şahe-serleri olmalıdır. Oysa, vergi alanına ilişkin her düzeydeki metni anlamak için, kural olarak anlama kılavuzu kullanmak gerekmektedir. Edebiyatta hukuk vardır; fakat hukukta edebiyat yoktur.

- Hukuk sadece kodifiye bir alan değildir. Ancak, vergi alanında hukukun kodifiye edilmesi, bunun hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekir. Kuru (hukuk) kuralları(hay)at veren mahkeme kararlarıdır. Hukuk, soyut hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasıdır. Vergi (hukuku) alanı, saft içtihadî hukuk alanı değil; düzenlenmesi, önceden bilinmesi gereken bir alandır. Bu alanda ve hemen her hukuk alanında alışkanlıkların, bilincin oluşması gerekir. Bu da zamanı, istikrarı gerektirir. Oysa, vergi düzenlemeleri bu fırsatı tanımamaktadır. Taciz atışları biçiminde tekrarlanmaktadır. Bu alanda reform değil, devrim yapılmalıdır. Devrim karar verilir, yapılır; sonra tartışılır. Devrim yapmak için devrimciye ihtiyaç vardır.

- Vergi alanının hukukî düzenlemelere, hukukî düzenlemelerin de hukuklaşmasına ihtiyaç vardır. İkelere aykırılık, ilgisizlik ve bilgisizlik bu alanı hukuklaşamayan bir alan haline getirmekte ve bu halin/statünün devam etmesine yol açmaktadır.

- Hukukî sorunların ve/ya da uyuşmazlıkların ortaya çıkması halinde, bu konularda yeterli bilgisi olmayan şahısların hukukî yardıma ihtiyaç duyması kaçınılmazdır. Bu yardımın başta avukatlar olmak üzere hukukçular tarafından yapılması gerekmektedir. Türk hukukunda davaların avukatla takip edilmesi mecburiyeti yoktur. Ancak, huku-

kî konularda hizmet sunma, yardımda bulunma konusunda avukatlar tekele sahiptir (AvK.m. 35). Fakat, hukukçuların ve bu arada avukatların ilgisizliği ve bilgisizliği yüzünden, vergi yargılaması hukuku alanında bu tekel işlevsiz kalmakta, işlememektedir. Hukukçuların etkin bir biçimde katılmadığı ve ilgilenmediği bu (hukuk) alanı, hukukçu olmayan, fakat bu alanda faaliyet gösteren meslek mensuplarının⁽¹⁾ fiilen avukatlık yaptığı bir alan haline gelmektedir.

Son Söz

Anayasal hareketlerin öncülüğünü vergiye ilişkin düzenlemelerin yapmış olmasına; Anayasalarda vergilendirmeye ilişkin çok sayıda ilkeye yer verilmesine; vergiye ilişkin her düzeyde (hukuk) metinler(i) üretilmesine; çok sayıda vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesi ile Danıştay'ın vergilendirmeye ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli olmasına; bir yılda yüzbinlerle ifade edilen dava hakkında karar verilmesine rağmen, bu alanın bir hukuk alanı olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü, yapılan düzenlemeler, mevzuat olmaktan öteye gidememektedir. Kanun ve diğer (hukuk) metinlerin(in) oluşturduğu mevzuat şüphesiz hukukun bir aracıdır, fakat mevzuatın olması hukukun varlığı anlamına gelmemektedir. Bir kanun hükmünün hukuk haline dönüşmesi,

yargı organlarının o hükmü uygulaması, onu ete kemiğe büründürüp ona bir ruh vermesiyle mümkündür. Hukuk, mahkeme içtihatlarıdır. Hukuk, istikrardır; düzendir; belirliliktir; güvendir. Vergi alanında istikrardan, düzenden, belirlilikten ve güvenden söz etmek imkânsız denecek kadar zordur. Çünkü, düzenlemelerin devamlılığı; sistem oluşturacak nitelikte birbiriyle uyumu; basit, açık, net ve anlaşılabilirliği; öngörülebilirliği bulunmamaktadır. Düzenlemenin hukuka uygun olmadığı; uygulamanın hukuka uygun yapılmadığı, yargılamanın el yordamıyla yapılmaya çalışıldığı bir alanın hukuk olduğundan; bu alana ilişkin düzenlemenin, uygulamanın ve yargılamanın hukuklaştığından söz edilemez.

Bu alanının hukuklaşamaması, hukukçularının bu alana ilgisizliğinin ve bu alandaki bilgisizliğinin; hukukçuların bu alana ilgisiz ve bu alandan bilgisiz kalması da, bu alanın hukuklaşamamış olmasının bir sonucudur. Bu alana ilişkin düzenlemelerin mevzuat olmaktan çıkıp hukuk metinleri haline gelmesi; bu metinlerde yer alan kuralların somut olaylara uygulanması halinde, hukuklaşma süreci başlayacaktır. Bu sürecin başlaması, hukukçuların bu alana ilgi duymasına ve bu alan hakkında bilgi sahibi olmasına bağlıdır.

Sabrınız için teşekkür eder, saygılar sunarım.

(1) Meslek mensubu deyimi, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebecilik Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'na göre yetki almış serbest muhasebeci mali müşavirler ve yeminli mali müşavirler için kullanılmaktadır.

Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine (Felsefi ve Sosyolojik) Bir Eleştiri

Mustafa T. Yücel^(*)

TBMM'ce 26/09/2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu üzerine mimari yapısı bakımından Birinci Kitabı'ndaki "Genel Hükümler"de yer alan düzenlemelere ait sorgulamalara aşağıdaki incelemede yer verilmiştir.

Kanunun "Temel İlkeler ve Tanımlar" bölümünün 1. maddesinde ceza kanununun amacına yer verilmiştir. Şöyle ki,

Ceza Kanununun amacı

MADDE 1- (1) Ceza Kanunun amacı, kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için, ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.

Metinde birden çok amaç yer almasına karşın tek amaçtan söz edilmesi Türk dili ile uyumsuzluğu ötesinde ceza hukuku öğretisinde yer alan kavram paketlerine örneğin "hukuk devleti"ne yer verilmesine karşılık gelecek elli yılla damgasını vuracak yeni Kanun'da⁽¹⁾ özgün nitelikte felsefi bir yaklaşımın yakalanmadığı veya 78 yıllık deneyimin sağladığı sağ duyu reflekslerinin göz ardı edildiği belirtilebilir. Sosyolo-

jik bağlamda, mevcut ceza hukukunun işleyişi üzerine ne türden ampirik-sosyolojik araştırmalar yeni bir Türk Ceza Kanununa işaret etmektedir(!) Sorun 4616 sayılı Af kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun gereği gibi uygulanmamasından kaynaklanan ve ceza yaptırımlarının etkisizliğine/ adaletsizliğine odaklanan kamu oyu tepkisinde odaklanmış ise de, Kanunda yer alan yaptırımlar sistemindeki hükümlerin, yazarın da katkıda bulunduğu Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunla getirilen ilkeler doğrultusunda olduğu açıklıkla belirtilebilir. Yalnız, toplumsal düzen sorununa salt ceza kanunu (suçlar ve ceza yaptırımlarıyla) penceresinden bakmak, ceza hukuku ile toplumsal normlar arasındaki ilişkiyi yadsımak olacaktır. Araştırmaların önerdiği üzere, kişilerin hukuka uyarlı davranış sergilemelerinde cezai yaptırım tehdidinin rolü az; buna karşın (1) hukuka karşı geldiklerinde bulundukları sosyal grubun tepkisi ile (2) kişilerin kendilerini doğru şey yapmak isteyen ahlaki varlık olarak görmelerinin etkisi ise daha fazladır. Bu nedenle, soruna kriminolojik olduğu kadar ceza usul enstrümanlarıyla da yaklaşmak yanında ceza kanunu ultima-ratio olarak düşünmek gereği göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu konuda temel sorun Ceza kanununun aşağıda belirtilen amaca etkili bir şekilde nasıl hizmet edebileceğidir? Bu etkinliğe işaret eden göstergeler nelerdir? Bu konuda yukarıda anılan tespit çalışmalarını yapıldı mı? Böyle bir tespit yapılmadı ise, yeni bir dogmatik enstrümana gereksinme duyulmasını nasıl açıklayacaksınız? Yoksa yaratılmak istenilen yeni bir illüzyon mu? Veya daha kesin çizgilerle ceza adaleti ile şimdiye kadar yaratılan illüzyon büyümesini kaybettiği için yeni bir illüzyon yaratılmak mı istenmiştir? Diğer bir anlatımla yeni bir sosyal psikoloji oyunu mu sahnelenmek istenmektedir? Yeni kanunla bu işlev yerine getirilebilecek midir?

Yukarıda Ceza Kanununun amaçları arasında "suç işlenmesini önlenmeye" yer verilmekte ise de, ceza kanunu olmasa zaten suç olmayacağı için bu amaca yer verilmesi nasıl açıklanabilir? İşte başlangıçta hata ife malul olan bu Kanunun mimarisinde kriminolojik ve hukuk sosyolojisi kolonlarının göz ardı edildiği görülmektedir.

Almanya'da ceza hukukunda cezalandırılabilirliğin esaslı sınırlaması için hukuki yarar ve cezanın ultima-ratio işlevi kavramları kullanılmaktadır: Gözetimli erteleme cezası(probatıon) olmaksızın hürriyeti bağlayıcı ceza suçlu-yu hizaya getirmek için en son çare olarak benimsen; hürriyeti bağlayıcı ceza için istisnai nedenler olmadığında para cezası yeğlenmiştir. Yıllık para cezası uygulanma oranı Almanya'da % 80'ler civarındadır. Genelde ülke ceza siyaseti bakımından, ceza yaptırımını kullanıl-

masının, kamusal tepkilerin ultima-ratio-su olarak esasen gerekli olup olmadığı irdelenmeli ve daha yumuşak araçların-medeni v.s. tepkilerin-yeterli olması halinde ceza hukukuna başvurulmaktan sakınılmalıdır. Kanunda açıkça bu ilkeye değinilmemiş ise de, mevcut hükümler, uygulamanın bu doğrultuda gelişeceğini göstermektedir(!?).

Suç Kavramı

Amerikan Model Ceza Kanunu'nda şöyle bir çerçeve önerilmektedir:

Suçların tanımını düzenleyen hükümlerin genel amaçları :

a) Bireysel veya kamusal menfaatlere(yararlara) haksız ve mazeretsiz esaslı zarar verici veya tehdit eden davranışları yasaklamak ve önlemektir [s.1.01 (1)].

Alman ceza hukuku teorisi de benzer bir başlangıç noktası sergilemektedir: Bir bireysel ve kolektif Rechtsgüter se-ü. Hukuki yarar kavramı birincil kural-lar tarafından tanınmış-değerli bir durum veya hukuken korunmaya değer(ve korunan) bir yararı ifade etmektedir: Örnek olarak hayat, vücut bütünlüğü, özgürlük, mülkiyet ve sermaye, kanun-ların uygulanmasına ilişkin belirli fonk-siyonlar, belirli çevre kurumları v.s. gösterilmektedir. Diğer bir anlatımla nesnel olarak önemli yararların ihlaline veya onlara karşı tehdidine karşı korunma söz konusu olmaktadır. Bu mülaha-zaya ek olarak ceza hukukunun işlevsel olarak cezalandırma yoluyla mağdurun nefret ve öç alma duygusuna da hizmet ettiği göz önünde bulundurulmalıdır⁽²⁾.

(*) Yrd. Doç. Dr. LLM, JSD, Çankaya Üniv. Hukuk Fak. Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Adalet Komisyonu Başkanı Köksal Toptan'ın söylemi-21/5/2004 Gazi Üniversitesi Mimar Kemaleddin Salonu-Ankara TBB. Türk Ceza Kanunu Tasarısı-Birinci Kitap, Ank., 2004.

(2) 133 yaşında olan Alman Ceza Kanununda yapılan değişiklikler arasında 1969 ve 1975 yılında yapılan Ceza Hukuku Reform projesi ile çeşitli hürriyeti bağlayıcı cezalar, 647 sayılı Cezaların İnfazı hakkındaki Kanunla yaptığımız gibi, tek türe indirildi. Suçluyu hizaya getirmek üzere hürriyeti bağlayıcı cezaya en son çare olarak başvurulması ilkesi benimsendi. Cezanın amaçları bakımından tek bir teorisin egemenliği yerine karma bir yaklaşımla; (cezanın kusur derecesine uyarlı olmasıyla) klasik ceza teorisi ve (suçlunun iyileştirilmesine odaklanan kuralları ile) pozitivist görüşe yer verilmiş ve nihayet hükmedilen yaptırımın halk ve potansiyel suçlular üzerinde etkisi vurgulanmıştır.

Alman teorisyenleri, ceza hukukunun yalnızca ciddi zararlı davranışlara karşı en son çare olarak başvurulması görüşündedirler-ultima ratio. Bu tür sınırlamanın kendisi enstrümental bağlamda gerekçelendirilebilir: Yalnızca mahkum olan ve cezalandırılanları değil; fakat kolluk soruşturmasına tabi tutulan veya yargılanıp beraat edenleri de kapsamaktadır. Sonuçta zarar ve yarar aritmetiği, oldukça ciddi zararı önleme açısından olası yegane yöntem olmadıkça ceza hukukunun tercih edilme-mesi gerektiğine işaret etmektedir.

"Ultima-ratio ilkesi" yanında ceza hukukuna egemen olan diğer ilkelerin en temelli olanları da "kanunilik ilkesi", ile "kusur ilkesi" dir.

Kuşkusuz, ceza hukuku pragmatik bakış açısından, toplumun düzenli işlevi ve düzenin korunmasını geliştirmeye odaklanmalıdır (Walker 1980: 18, Devlin 1965: 5). Bu doğrultuda kolektif veya paylaşılan iyiliklerle insanların varlık ve bireysel gelişmeleri için gerekli önkoşulları sağlamak amaç değer olmaktadır. İşte devlet ve toplumdaki diğer kurumlarca belirlenen bu amaç değerleri desteklemek ve geliştirmek ceza kanunu ile ceza adaleti sisteminin esas görevi olmalıdır. Ne var ki, Ceza kanununa egemen olması gereken bu işlevi-ni yansıtan gerekçelere tanık olamadık.

T.C.K. 'da yaptırımlara özgü benim-senen ilkelere değinilmemiş ise de, ceza bilimi bağlamında şu ilkelere yer verilmiştir:

1. Halkın korunması,
2. Suç faillerinin cezalandırılması: yaptırımın suçlara uyarlı olmasının sağlanması(oranlılık ilkesi),
3. Potansiyel faillerin suç işlemekten kaçınmaları,

4. Suçluların bazı hallerde toplumdan uzaklaştırılarak yeni suç işlemekten alıkonulmaları(nötrleştirme/incapacitation),

5. Suçluların iyileştirilmesi kadar mağdur zararının giderilmesidir.

Ceza normları ile mahkemelere, belli koşullar yerine getirilmediğinde takip edecekleri eylemler vaz edilmektedir (örneğin hükmedilecek ceza yaptırımları) (Bk. Hart 1994: 35-38, Kelsen üzerine). Bu nedenle, normların düzenlenmesinde anlaşılır olması /açıklık ilkesi de temel ilkeler arasında yer almaktadır. Fazlaca yorum gerektirici terim ve kavramlardan kaçınılması gerekir-ken, Kanunda bunun göz ardı edildiği görülmektedir.

Ceza hukukunun amacı sulh ve gü-ven içinde adil bir toplum olmak yolun-da katkıda bulunmak üzere, bireye ve topluma ciddi zarar veren veya tehdit içeren davranışlara karşı (yasaklama ve yaptırımları içeren) normlar ve usuliler-le, dürüst yargılama ilkelerine uyarlık içinde uygun bir şekilde baş edebilme-yi sağlamaktır. Kanunda yeni bir kavram olan "bilinçli taksir" muhtemelen bu işlevi görecek(!?).

Ceza sorumluluğunun şahsiliği

MADDE 20- (1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Kusur ilkesi Türk Ceza Hukukunun önemli bir unsurudur.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik ted-biri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.

Ceza sorumluluğu şahsidir demekle "şahsi" mi olmaktadır? Suçlunun ailesi ve yakınlarına vaki etki nedeniyle bu varsayım geçerli değildir. Önemli olan alınacak sosyo-ekonomik tedbirlerle bu

etkiyi olabildiğinde hükümlü kişiye in-dirmek siyaseti benimsemelidir. Öte yandan, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz mantığını da anlamak kolay değildir. Avrupa Birliği hukuku ile Alman Hukukunda da bu yol benimsenmiş ve tüzel kişilere karşı cezai nitelik taşımayan para yaptırımları ön görülmüştür.

Ceza Siyasetinin Eleştirisi

Ülkelere özgü geliştirilen ceza siya-seti eleştiriden yoksun değildir. Örne-ğin, İngiltere'de ekseri bilginlerce, siya-setin insicamsız ve irrasyonel olduğu belirtilmiştir: King ve Morgan (1980) Hükümetin cezaevlerine bakış açısının bütünlükten ve eşgüdünden yoksun ol-duğu eleştirisini getirirken, Rutherford (1984) cezaevi krizinin ana nedeni ola-rak; hürriyeti bağlayıcı cezaya başvuru konusunda, ana ilkelerin olmayışına değinmiş, Ashworth (1983) ceza siya-setinin gelişigüzel ve eşgüdünden yok-sun olduğu eleştirisini getirmiştir. Tarihsel analizlerde bulunan David Gar-land ve Victor Bailey (1987) ise ceza siyasetinin insicamsız olduğunu belirt-mişlerdir. Aynı türde eleştiriler Türk ceza sistemi için de geçerlidir. 1965 yı-lına kadar süregelen sistemde cezaların ağırlığı ve zaman içerisinde (özellikle 1953 değişikliği ile) daha da ağırlaş-tırılması egemen olmuş (Gölçüklü); yasa koyucu, suçları "korkutma" yoluyla ön-lemek istemiştir (Lopez Rey)⁽³⁾. Penolo-jik gerçekler ise bu beklentinin sonuç vermediğini göstermektedir.

Adalet istatistiklerine göre, ceza ada-leti sisteminde "faili meçhul dava" sa-yısı ve "aşınma" olgusunun kabarcıklığı ile rasyonellikten yoksunluk hiçte prag-

matik bir siyaset kollamadığımızı gös-termektedir. Öte yandan kolluk güçleri ve Savcıların kurallardan bazılarına ağırlık vermeleri geniş şekilde kabul görmekte; her iki ajan grubunun belli suçlara karşı kavuşturma başlatmaları ve diğerlerini göz ardı etmeleri sonucu ceza hukukunda yer alan bazı suçları cezalandırmayı ret ettiklerine de tanık olunmaktadır. Bu ajanlardan kolluk güçlerinin de facto ayrıştırılması aksine Cumhuriyet Savcılıkları evresinde "ye-terli kanıt" ölçütü dışında ayrıştırma ve ayıklama işlemine elveren enstrüman-ların olmayışı veya kolaycı yaklaşımla açılan kamu davaları özellikle metropol ceza mahkemeleri iş yükünde enflasyo-na sebebiyet verildiği için ceza adaleti sisteminin hantallaştığına tanık olun-maktadır(Adliye/hukuk kültürü). Siz bu hantal sistemle en mükemmel ceza ka-nununu dahi sanallaştırabilirsiniz.

Hukukta etkinlik ve işlevsellik açı-sından dogmanın açıklanmasında tari-hin yerinin oldukça az, buna karşılık yasayla istenilen sonuçlar ile onları ar-zulamanın nedenleri üzerine enerjinin yoğunlaştığı çalışmalara odaklanacağı-mız zamanı oldukça arzulamaktayız. Ceza kanunu da bu bağlamda irdelen-meli ve sorgulanmalıdır. Bu ideale yö-nelik bir adım olarak her avukat ekono-mi anlayışına sahip olmak için uğraş vermelidir. Ekonomi siyasetinin bu-günkü konumunda yasamanın sonuçla-rını, onları elde etme vasıtalarını ve be-delini düşünerek ve tartarak değeren-dirmek gerek-mektedir. Bu doğrultuda başkaca şeyler için bazı şeyleri terk et-mek gerektiğini öğrendiğimiz gibi kay-bettiğimiz avantaja karşılık kazandığı-

(3) Bk. N. Kunter, "25 Cumhuriyet yılının ceza tarihçesi" İst., Barosu Dergisi 1948, Sayı 10; F.Gölçüklü, Türk Ceza Siyaseti Ank., 1966; M. Lopez-Rey, Türkiye'de Suçluların Islahı Ank., 1965; N. Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi" Prof. T. Tufan Yüce'ye Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları) İzmir 2001 s.353.

mız avantajı koymayı ve seçim yaptığı-mızda ne yaptığımızı bilmeyi öğrenme-liyiz.

Belli bir kanunun etkili olmamasının nedenleri arasında;

- Sosyal yaşam ve alanları hakkında bölük börtük bilgi sahibi olmak-bu du-rum, adli kararlardaki isabetsizliğin ol-gusal belirsizlikten kaynaklanması gibi.

- Yasa koyucu tarafından kabul edi-len olguların gerçek olgulardan farklı olabileceği hiçbir zaman göz ardı edil-memelidir. Yasaları etkisiz yapan bu türden uyumsuzluklar, gözlemlerdeki hatalar veya yasa koyucunun elde ettiği bilginin seçiminden kaynaklanabilmek-tedir. Kuşkusuz, olgusal saptamadaki hatalar hiçte istenilen türden değildir. Kuşkusuz, uygulamada, bu kusurlar dışlanamaz.

Bu düşünceler ışığında Yeni Türk Ceza Kanunu oluşturulması sürecinde (1989/1997/2004) yapılan tartışmaların niteliği düşündürücü gelmektedir. Bir örnek olarak hâkimlerce cezaların nasıl saptandığına (belirlendiğine) değinmek istiyorum. Bu konuyu düzenleyen ve yürürlükte olandan hiçte farklı olmayan 1997 Tasarısındaki hükümlere aşağıda yer verilmiştir:

“Madde 78- Kanunda açıkça yazıl-mış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.

Kanunun belirli bir oran çerçevesin-de cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği yerlerde mevcut olan ağırlatıcı veya hafifletici sebepler nazara alınmaksızın, o fiil hakkında ne ceza tayin edilecekse, artırma veya indirme de o ceza üzerin-den icra olunur.

Birden çok sebep bir araya gelmiş olursa artırma veya eksiltme, ondan ev-velki artırma ve eksiltme sonucu olan ceza miktarı üzerinden yürütülür.

Bir araya gelen sebeplerden bazıları artırmayı ve diğerleri eksiltmeyi gerek-tirecek olursa önce artırmakla işe başla-nır.

Bütün hallerde suçlunun yaşı, akli durumu, takdire bağlı hafifletici sebep-ler ve tekerir, bu sıra izlenmek sure-tiyle en sonra nazara alınır.

Ceza artırılır veya eksiltilirken, ka-nunun özel biçimde belirttiği haller saklı olmak üzere, her ceza nevi için belirli olan sınır aşılamaz.

Muvakkat cezalar, gün, ay ve yıl he-sabıyla uygulanır. Bir gün yirmi dört saat; bir ay otuz gündür. Yıl resmi tak-vime göre hesap edilir. Muvakkat ceza-lar için bir günün, para cezaları için bin liranın küsuru hesaba katılmaz ve ceza-lar infaz edilmez.

Temel cezanın tayini

Madde 79- Hâkim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, su-çun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun iş-lendiği zaman ve yer, fiilin diğer özel-likleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç se-bepleri ve saikleri, failin amacı, geçmi-şi, şahsi ve sosyal ilişkileri, fiilden son-raki davranışı gibi hususları göz önün-de bulundurmak suretiyle takdirini kul-lanarak belirler. Takdirin sebepleri ka-rarda mutlaka gösterilir.”

Yeni Türk Ceza Kanunundaki hü-kümler ise şöyledir:

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Cezanın Belirlenmesi ve Bireysel-leştirilmesi

Cezanın belirlenmesi
MADDE 61- (1) Hâkim, somut olay-da (StGB Section 46)

a) Suçun işleniş biçimini,

b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,

c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,

d) Suçun konusunun önem ve değe-rini,

e) Meydana gelen zarar veya tehlike-nin ağırlığını,

f) Failin kast veya taksire dayalı ku-surunun ağırlığını

g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen ce-zanın alt ve üst sınırı arasında temel ce-zayı belirler.

(2) Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim ve-ya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.

(3) Birinci fıkroda belirtilen hususla-rın suçun unsurunu oluşturduğu haller-de, bunlar temel cezanın belirlenmesin-de ayrıca göz önünde bulundurulmaz (StGB Section 46, 3).

(4) Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerekti-ren birden fazla nitelikli hallerin ger-çekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.

(5) Yukarıdaki fıkralara göre belirle-nen ceza üzerinden sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi se-beplere ilişkin hükümler ile, takdiri in-dirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

(6) Hapis cezasının süresi, gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, res-mî takvime göre hesap edilir. Hapis ce-zası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının arta kalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.

(7) Kanunda açıkça yazılmış olma-dıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksilti-lebilir, ne de değiştirilebilir.

765 sayılı TCK’nu 29. maddenin son fıkrası ve 1997 yılı Tasarısındaki 79. madde düzenlemesi oldukça iyi formüle edilmiş iken, yenisini biçimlendir-menin mantığı algılanamamıştır. Temel cezanın saptanmasında yer alan faktör-ler arasında Fransa Ceza Kanunundaki “kamu düzenini sarsma derecesi”ne yer verilmediğinden belli bir suçta örneğin “kapkaç” suç olgusundaki artış nede-niyle cezanın alt sınırı üstünde bir ceza verilemeyecektir. Bu sakıncayı gider-mek üzere anılan fıkra sekizinci fak-tör olarak “kamu düzenini sarma dere-cesi” (importance du trouble social) ek-lenmeli idi.

Öte yandan, üçüncü fıkradaki hük-mün ne derece tutarlı olduğu aşağıdaki açıklama karşısında irdelenmelidir. Şöyle ki, ağırlatıcı nedenler/saıklar, genelde suç tanım-larında yer alma-maktadır. Suç tanımları, genelde söz konusu yanlış davranışı yalnızca tanı-maya yönelik gerekli minimumu belir-leme şeklindedir. Bir suçun bizatihi varlığı, yasaklanan şeyin yapılmaması nedenini oluşturmaktadır. Bir suçun iş-lenme- sindeki ağırlatıcı saik ise, ya-saklanan şeyi yapmamak için beliren ve sorumluluğu gerektiren, yasanın suç normunda dayandığı nedenlere eklenecek bir diğer neden olarak belirmektedir. Eski TCK 450. maddesinde sayılan nedenler bu türdendir. Suç tanımına bunların da ithal edilmesi arabaya beş veya daha fazla tekerleğin eklenmesi anlamına gelecektir.

Genelde cezaların özelde “temel ce-zaların tespiti” konusu Komisyonlarda görüşülürken cezanın amaçları hakkın-da oldukça farklılık gösteren felsefi gö-

rüşler karşısında nasıl bir yol takip edilmesi gerektiği acaba tartışıldı mı? Tartışılıyorsa, üyelerden bazılarınca, suçlunun hak ettiği cezayı görmesi (just deserts/ödetcici ceza)-suçlu davranışın şiddeti itibarıyla derecelendirilmesine dayalı-yaklaşımın benimsenmesi istenecekti. Şimdiye dek suçların şiddet itibarıyla derecelendirilmesine elveren rasyonel bir sistem üzerinde görüş birliğinin sağlanmadığı göz önüne alındığında ise, farklı suçların derecelendirilmesi hakkında Komisyon üyelerinin farklı görüş sahibi olması kaçınılmaz olacaktı. Komisyonun diğer üyelerince önleme modelinin (deterrence) kullanılması dile getirildiğinde ise, bu yaklaşıma özgü esaslı sorunların olduğu; değişik ceza yaptırımları ile suçların önlenmesini ilişkilendiren ampirik kanıtlar olmadığı gibi Komisyon üyelerinin, önlemenin cezalandırmanın amaçlarını sağlayabileceği konusunda görüş birliğine varması ihtimali de çok zayıf olacaktı. Öte yandan, önlemeye dayalı yaklaşımın "hak ettiği cezayı alması" yaklaşımından daha geçerli olacağı da henüz kesinlik kazanmamıştır. İşte bu belirsizlikler ortamında, hükmedilen cezalarda haklı görülemeyecek türde farklılıkları gidermek üzere bir görüş birliği ve rasyonelliğe elverecek bir sistem getirilemeyeceğinden mevcut uygulamayı yasaştırmaya yoluna başvurulmuştur, kanısındayım. Mevcudu korumak yerine rasyonel bir sistem oluşturma yolu seçilemez miydi? Yapmak isteseler de, acaba bunu normlaştırabilme ve aynı ölçüde uygulayabilme olanağı olacak mıydı? Şimdi yukarıda da değinilen cezanın amaçlarını bir kere daha yenileyelim: Cezanın amaçlarından önleme, nötrleştirme, iyileştirme ve hak ettiği cezayı

vermeden ilk üçü açıkça yararlı nitelikte gelecekteki işlenecek suçları önlemeyi hedeflerken; geçmişte işlenmiş bir eyleme hak edilen cezanın verilmesi, gelecekteki suçları önleyip önlemeyeceğine bakılmaksızın bizatihi değerli bir son olarak görülmektedir. Geleneksel uygulama bu dört amacın her birini göz önüne alan bir ceza yaptırımını oluşturmaktadır. Gerçek ise şudur, yaptırma özgü -gelecekteki suçlardan arınmaya yönelik yararlı- alternatif amaçların, suçlunun hak ettiği cezayı görmesi amacı ile uyumlaştırılmayacağıdır.

Öte yandan Yargıtay Ceza Daireleri üyeleri arasında tüm suçları derecelendirip sıralamaları istenildiğinde birbiriyle örtüşecek iki yanıt bulunabileceğinden kuşku duyulmalıdır. Bu konuda fazla becerikli olmadığımızı belgelemek üzere Yargıtay Ceza Dairelerince kıymet tayinine dair görüşlerine ilişkin listede "fahiş" terime verilen farklı değer dağılımına aşağıda yer verilmiştir⁽⁴⁾:

Ceza Dairesi	Fahiş (TL)
3	500.000.000 +
4	1.600.000.000 +
6	1.500.000.000 +
8	3.000.000.000 +
10	1.500.000.000 +

Cezanın bireyselleştirilmesi sürecindeki adli takdirin sadece ceza mekanizmasında katı genel hukuk kurallarınca mümkün olan dereceden fazla suçlular arasında ayırım oluşturabilme girişimi olarak algılanmalıdır. Ne var ki, tasarıda bu kavramın dejenere edildiğine tanık olunmaktadır.

Takdiri indirim nedenleri

MADDE 62- (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı

halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadar indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargıtama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir (StGB Section 46, 1). Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

İlerde "Ceza Yaptırımlarının Etkinliği-Feed Back ilişkisi" kısmında irdelendiği üzere indirim nedeni olarak "cezanın failin geleceği üzerinde olası etkilerini" saptamaya elverişli tahmin cetvelleri geliştirilmediğinden akılcı olmak yerine hâkimlerin sezgilerine dayalı bir değerlendirme olacak ve teknik açıdan oldukça farklı uygulama örneklerine tanık olunacaktır.

Cezalar gibi güvenlik tedbirleri de Kanunda şöyle sıralanmıştır:

- Bir akıl hastanesinde tedavi altına alınma,
- Alkol veya uyuşturucu bağımlılar merkezinde zorunlu tedavi,
- Davranış gözetimi,
- Sürücü ehliyetinin geri alınması,
- Bir mesleğin icrasından men.

Kanunda yer alan kişilere özgü bu iyileştirme ve güvenlik tedbirleri iki gruba ayrılmaktadır:

- 1) Hürriyeti bağlayıcı ceza ile hükmedilen güvenlik tedbirleri,
 - 2) Hürriyeti bağlayıcı ceza olmaksızın hükmedilen güvenlik tedbirleridir.
- Aşağıda akıl hastası suçlulara özgü düzenlemelerin mukayeseli ceza hukuku açısından irdelenmesine yer verilmiştir.

Akıl Hastası Suçlular ve Cezai Sorumluluk

Sorumluluk; insanın, davranışlarını kontrol ile çeşitli davranış biçimleri arasındaki seçim yapabilme yeteneğine dayalı olarak geliştirilen bir kavramdır. "Kusursuz ceza olmaz." Görülen odur ki, seçme yeteneği olmasına karşın insan görevini yerine getirmediğinde ceza adaletinde yer alan yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır⁽⁵⁾.

Akıl hastası suçlular bakımından incelendiğinde ise sorumluluk kavramı beraberinde şu soruları gündeme getirmektedir:

- Felsefi: Kişinin seçim yapabilme ve kendi işlerini yürütebilme hürriyeti ne ölçüdedir?
- Hukuki: Kişinin sorumsuzluğu veya sorumluluğun azaltılması söz konusu olabilir mi?
- Psikiyatrik: Çeşitli türdeki patolojik durumların nasıl tanımlanabileceği ve bunların suçlu davranışa olan etkisinin (nedensellik niteliği) ne olduğu?
- Kriminolojik : Suç işlemiş kişinin tehlikelilik derecesinin nasıl belirleneceği?

Ayrıca akıl hastası suçlunun "tehlikelilik hali" gibi kesinlik göstermeyen durumlara dayalı gereksinme duymadığı bir tedavi türüne tabi tutulması riskine karşı haklarının nasıl güvence altına alınacağı sorusu da yer almaktadır.

Nedensellik İlişkisi

Ekseri ceza kanunlarında, "sorumsuzluğun" veya "azaltılmış sorumluluğun" belirlenmesinde, akıl hastalığı ile suç olan fiil arasında kronolojik bir bağlantı bulunması yeterli görülmemiş; bunlardan birinin en azından kısmen de

(4) Yargı Mevzuatı Dürteni (4 Mart 2003) Sayı 201 s.79.

(5) M.T.Yücel. "Amerikan Ceza Hukukunda Cezai Mesuliyet ve Akıl Maluliyeti" Adalet Dergisi 56/5-4 (Mayıs-Haziran 1965) ss.678-687.

olsa diğerlerinin sebebi olduğunun gösterilmesince ihtiyaç duyulmuştur. Bu türden nedensel ilişki, fiilin işlendiği zaman suçlunun akıl hastalığı veya toksik şuur bulanıklığı durumunda realite ile temasının kesilmesi halinde güvenle ortaya konulabilir. Akıl hastası kişiler tarafından işlenen bu tür fiiller genellikle belirgin bir saikten yoksun olmakla beraber; mevcut akli patolojinin ürünü olarak açıklanabilecek garipliktedir.

Sayıları oldukça kabarık diğer hallerde ise, nedensel ilişkinin varlığı açık değildir⁽⁶⁾; fiilin işlendiği andaki hastanın akli durumunun yeniden inşa edilmesi ile sonraki müşahade, fiille nedensel bir ilişkiye inandırıcı bir biçimde işaret etmemektedir. Bu durum ekseriya kronik depresyon, nevrotik sıkıntı veya kişilik bozukluğu örneklerinde söz konusu olmaktadır.

Çoğu kanunlar, nedenselliği değerlendirme gücünü sınırlamak amacıyla hâkim ve uzmanları, fiilin işlendiği andaki psikolojik işlevi değerlendirmeye yöneltmişlerdir.

Ceza hukuku alanındaki sorumluluk için anlama yeteneğine sahip olmak gereklidir. Türk Ceza Kanununda dahil olduğu ekser kanunlarda sorumluluk bakımından irade kapasitesinin de irdelenmesi şarttır.

Bu bağlamda, yukarıda değinildiği gibi, bazı durumlarda suçun işlendiği andaki suçlunun akli kapasitesini değerlendirmek ve fiille bağlantısını kurmak mümkündür. Psikiyatr, suçlunun durumu ve fiili nasıl görmüş olabilece-

ğini; vuku bulan sonucu ne ölçüde bekleyebileceğini; rahatlıkla hata yapıp yapamayacağını; ve fiilin veya eylemin illegal olduğu bilincine sahip olup olmadığını da anlatabilir. İrade kapasitesini (serbestçe karar verme veya tayin etme yeteneğini) değerlendirmek ise oldukça zordur. Uzman kişi esas itibarıyla, fiilin işlendiği anda suçlunun kafasından geçen kişisel dinamikler arasındaki ilişkiyi yeniden oluşturmaya girişecek; arzular ile kişinin kendini kontrol etme arasındaki dinamik etkileşimi ve düşüncenin nasıl olup ta karara yöneldiğini değerlendirecektir. Bir tür "girişli nitelikli psikolojik sonuç" olarak tanımlanabilecek iradeyi, mahkemeye sunulacak raporda, kesinlik derecesine varan türde normal veya patolojik olarak yorumlamak ekseriya risklidir. Çünkü, normal, kapasite ve sorumluluk deyimlerinin tatminkar bir tanımını vermek mümkün değildir. Bu nedenle de, ceza hukukundaki toplumu koruma kuramı gereği hangi tür yaptırımın hangi suçlu için yeterli olduğunun belirlenmesiyle yetinmelidir. Nitekim, İsveç ve Belçika hukukundaki uygulama bu yöndedir. İlgili ülkelerin kanunları bakımından, kişinin normal veya anormal, sorumlu veya sorumsuz olarak sıfatlandırılması bir sonuç doğurmamaktadır. Bu ülkelerde, yetişkin kişilerin cezai sorumluluğu sorunu söz konusu değildir. Sistemde mevcut olan cezalar ile hastane bakımı gibi diğer tedbirlere önleme amacıyla başvurulmaktadır. Bu duruma açıklık getirmek amacıyla İsveç Ceza

Kanunu hükmüne aşağıda yer verilmiştir:

"Kişi akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya akıl hastalığı derecesinde düşünülmesi gereken yoğunlukta akıl anormalliği etkisiyle suç işlediğinde, özel bakıma alınma veya ikinci paragrafta belirtilen hallerde para cezası veya gözetimli erteleme dışında diğer bir yaptırıma hükmedilemez. Sanığın ilerde suç işlemesini önleme amacına hizmet edeceği saptandığında para cezası uygulanabilir. Durumlar göz önüne alınarak özel bakımdan daha uygun olduğuna inanıldığında gözetimli erteleme uygulanabilir" (İsveç Ceza Kanunu, Bölüm 33, Kısım 2). Görülen odur ki, bu yasal düzenleme çerçevesinde, bireysel suçlu için hangi yaptırımın yeterli treatmenti içermekte olduğunun cevaplandırılması gerekir.

Türk Ceza Hukuku bakımından ise; kişinin sorumluluğu şuur ve irade serbestisine bağlanmış olup; bu yaklaşım Ceza Kanunu Ön tasarısında korunmuş ise de, bilinç ve hareket serbestisi deyimleri tanımına her iki metinde yer verilmemiştir. Yeni TCK'daki (2004) yaklaşıma ileride değinilecektir.

Psikopatolojik ve Normatif Ölçüt

Avrupa ülkelerinin çoğunda cezai sorumluluk bakımından benimsenen ölçüt psikopatolojik ve normatif yöntemidir. Bu yaklaşımda, belirli akıl hastalığı veya bozukluğu tespit edilmekte; ve sonra da mahkemece akıl hastalığının, suçlunun fiilin niteliğini bilme kapasitesi ile davranışını kontrol edebilme kapasitesi üzerindeki etkisi araştırılmaktadır. Cezai sorumluluğa değgin bu yöntem Almanya (Alman Ceza Kanunu Madde 20), Portekiz (Portekiz Ceza Kanunu Madde 20, no 1), Danimarka (Danimarka Ceza Kanunu Madde 16,

kısım 1), Hollanda (Hollanda Ceza Kanunu Madde 37, kısım 1j, Avusturya (Avusturya Ceza Kanunu Madde 15), İtalya (İtalyan Ceza Kanunu, Madde 85, Kısım 2 Madde 88), İsviçre (İsviçre Ceza Kanunu, Madde 10), Yunanistan (Yunan Ceza Kanunu Madde 34), İngiltere (M'Naughten Kuralı ile Adam Öldürme Kanununa göre azaltılmış ceza sorumluluğu) ve Türkiye'de (Türk Ceza Kanunu Madde 46-47) yer verilmiştir. Yalnız, bu kanunlarda suçlu için gerekli psikopatolojik karakteristikler kavramının genişliği bakımından farklılıklara tanık olunmaktadır. Bazı kanunlarda çeşitli akıl hastalıklarına yer verilirken, bazılarında ise yalnızca genel nitelikte bir veya iki deyimle yer verilmekte ve bu deyimlerin oldukça geniş bir yoruma tabi tutulduğu görülmektedir. İngiltere'de cezai sorumluluğa hakim olan M'Naughten kuralıdır (fail, fiili işlediği zaman akli maluliyeti ve zeka derecesinin çok düşük olması sebebiyle işlediği fiilin mana ve tabiatını veya yaptığı hareketin yanlış olduğunu bilmediğinin ispatlanması halinde kendisinin cezai sorumluluğu yoktur). Bu kural kapsamına girebilecek akıl hastası suçlu sayısı ise oldukça az olacaktır. Nitekim, bu durum, akıl sağlığı kanunuyla uyarlı olarak, mahkemenin mahkumiyet sonrası yaptırım olarak hastane bakımı veya diğer bir tedbire başvurabilme yetkisi ile telafi edilmiş bulunmaktadır. Hollanda, Portekiz, Belçika, Fransa ve Türkiye'de ise psikopatolojik unsur, fiilin işlediği fiilin niteliğini bilme veya davranışını kontrol kapasitesini dışlayan her akıl hastalığını kapsamaktadır. Yeni Ceza Kanununda (2004), bu kapsama bilinç veya hareket kapasitesinin önemli derecede

(6) Türkiye'de suçlulardan kaçında bu "insanity" defisinin kabul gördüğü ile bunların akıl hastalığı türlerinin neler olduğu bilinmemektedir. Bu bağlamda "nedensellik" konusu da eleştiriden uzak değildir. Hastanın davranışları ile sanığın davranışları örneğin şizofren adlandırılan bir tür davranışlar ile suçlar olarak isimlendirilen diğer türden davranışlar vardır. Diğer bir anlatımla iki tür davranışın aynı şahısta birlikte bulunması bir neden sonuç ilişkisi olarak görülmemelidir. Kuşkusuz, nedensel bir ilişki olmaksızın bir müstüman kişi hırsızlık suçunu işleyebilir; yine aynı şekilde bir kişi, şizofren ve gaspçı olabilir. İki davranış türü nedensel bir ilişkiye işaret etmeksizin varlık gösterebilir. Diğer bir anlatımla davranış davranışa neden olmaz

azalması hali de alınmış bulunmaktadır.

Psikopatolojik ögenin yukarıda belirtildiği gibi yorumlanması halinde, birleşik psikopatolojik-normatif ölçütün yalın normatif ölçüte yaklaştığı görülmektedir.

Normatif öge (suçlunun eylemin niteliğini anlama ve eylemlerini kontrol kapasitesi) konusunda çeşitli ülkelerde var olan yorumlar farklılık göstermektedir. Suçlu, eyleminin niteliğini bilme yeteneğinden yoksun olduğunda, cezai sorumluluğu olmadığı her ülkede kabul görmekte ise de; yaptığını bilmesine karşın eylemini kontrol yeteneğinden yoksun olduğunda da bazı ülkelerde cezai sorumluluğu olmamaktadır (Danimarka, Hollanda, Belçika, Avusturya, Fransa, Yunanistan, İzlanda, Portekiz, Almanya ve Türkiye). İngiltere'de M'Naughten kuralı, yaptığını bilen fakat eylemini kontrol edemeyen suçlulara imkan vermemektedir. Bu nedenle, İngiltere ve Galler'de takdir yetkisi kendilerinde var olan akıl hastası suçlular eylemlerini kontrol edemediklerinde mahkum olmaktadır. M'Naughten kuralı İskoçya'da farklı bir şekilde uygulanmakta ve kişinin eylemini kontrol etmekteki kapasitesizliği defi olabilmektedir. Ne var ki, İngiltere ve Galler'de de akıl hastalığı nedeniyle eylemlerini kontrol edemeyen suçluların cezalandırılmadığı ve bunların tretmanı hakkında Akıl Sağlığı Kanunu uygulandığına tanık olunmaktadır.

Psikopatolojik Ölçüt

Bu görüşe göre suçlunun belirli akıl hastalığına duçar olması halinde cezai sorumluluğu yoktur. Akıl hastalığının, kişinin takdir veya davranışı kontrol kapasitesi üzerindeki etkisi söz konusu edilmektedir. İspanya ceza kanununda

bu ölçüte yer verilmiştir (İspanya Ceza Kanunu Madde 8, Kısım 1 ve Kısım 3). İsveç Ceza Kanunu yukarıda değinildiği üzere, cezai sorumluluk kavramına yer vermeyip; bireysel suçlu için hangi yaptırımın yeterli olabileceği bağlamında yalnızca yaptırım seçimine ilişkin düzenlemeyle yetinilmiştir. Öngörülen başlıca yaptırımlar, akıl hastanesinde bakım, gözetim altında bulundurma ve para cezasıdır. Akıl hastalığı veya ruhsal bir anormallığı olan kişinin durumu yalnız gözetim altında bulundurulmasını gerektirdiğinde mahkemeye "gözetim altında bulundurma" kararı verilmektedir. Bu durumda, kişinin barınabileceği bir konutu veya geçinme olanaklarına sahip olup olmadığına bakılmaktadır. Uygun bir gözetimci bulunabildiği ve gözetim sırasında düzenli olarak bir uzman tarafından kontrol sağlandığında, "gözetim altında bulundurma" kararı en uygun bir karar olabilmektedir.

İsveç'te akıl hastası kişilerin işledikleri kabahat türü örneğin basit bir trafik suçu yanında hafif olmayan bir suç içinde (hakaret)para cezası uygulanabilmektedir. Akıl hastası kişilerinde para cezası korkusuyla bu tür suçları işlemekten vaz geçmesi mümkündür. Böyle suçlarda para cezası, yalnız daha etkili olmakla kalmayıp, hasta kişiyi kapalı bir akıl hastanesine kapatmaktan daha insancıl bir yaptırım olarak belirlenmektedir. Akıl hastalığı veya ruhsal anormallik etkisiyle suç işlemiş kişiye enderde olsa herhangi bir yaptırım uygulaması gereksiz olabilir. Buna suç işlediğinde akıl hastalığının etkisi altında bulunan ancak mahkemenin karar aşamasında iyileşmiş olan kişinin durumu örnek gösterilebilir. Kuşkusuz, bu

halde mahkeme suçlu hakkında bir yaptırım uygulamayacaktır.

Özet olarak, İsveç hukukundaki düzenleme (akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya akıl hastalığıyla eşdeğerde sayılabilecek ruhsal bir anormallikte olanlar tarafından işlenmiş suçlar) psikopatolojik görüşe dayalı bulunmaktadır.

Normatif Ölçüt

Normatif görüşe göre, cezai sorumsuzluk, belli bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığının saptanmasına dayalı olmak yerine yalnızca eylemin niteliğini bilme, kişinin davranışını kontrol kapasitesindeki yoksunluğa bağlı bulunmaktadır. Avrupa ülkeleri ceza kanunlarında salt bu görüşe yer verilmemiş ise de, psikopatolojik ögenin kapsam olarak geniş tutulduğu ülkelerde bu görüş bir yönelim söz konusudur. Nitekim, Hollanda, Belçika ve Fransa'da kişinin suçlu davranışının niteliğini bilme veya davranışını kontrol kapasitesinden mahrum bırakan her akıl hastalığı cezai sorumsuzluk kapsamına dahil edilmektedir.

Azaltılmış Ceza Sorumluluğu

Cezai sorumsuzluk Avrupa ülkelerinden Danimarka, Norveç, Hollanda, Belçika, Avusturya, Fransa, İzlanda, Almanya, İtalya, İsviçre, İspanya, Portekiz ve Türkiye'de için akıl hastalığının şiddetli olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, akıl hastalığının belli evrelerini geçiren kişilerin cezai sorumluluklarının azaltılması da kabul görülmüştür. Ancak, bazı ülke kanunlarında (Danimarka, Hollanda ve Norveç) azaltılmış sorumluluğa açıkça değinilmemiş ise de, sorunun varlığı kabul edilerek, kanunların içerdiği güvenlik ve tretman tedbirleri ile bir akıl hastanesinde muhafaza ve tedavinin sorumlu

suçlulara uygulanması hususunun düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Diğer ülkelerde ise "azaltılmış sorumluluğun" açıkça hüküm altına alındığı ve böylece de sorumluluğu azaltılmış suçluların ceza ve/veya tretman yoluyla güvenlik tedbirine tabi tutulduğu görülmüştür.

Görülen odur ki, sorumsuzlukla azaltılmış sorumluluğu ayıran iki ölçütten biri, akıl hastalığının derecesi (nitelik açısından farklılık); diğeri ise, akıl hastalığının türüdür (nitelik açısından farklılık).

Türk Ceza Kanunu Ön tasarısında azaltılmış sorumluluk hali sorumsuzluk maddesi içinde düzenlenerek bu kişilere de ceza verilemeyeceği ön görülmüş (T.C.K. Öntasarı, Madde 33); yeni TCK (2004) ile eski yaklaşıma dönmüştür.

Akıl Hastası Suçlular için Yaptırım Seçimi

Akıl hastası suçlular bakımından, akıl hastalığının zamanı oldukça önemlidir. Suçlu, suçun işlendiği sırada akıl hastası ve bu hastalığı duruşma sırasında da devam ediyorsa, kanunlarca suçun işlendiği an veya mahkumiyet anının kabul edilmesi bakımından bir fark yoktur. Bu durumda, aklen hasta olan suçlular için ön görülen hastanede muhafaza ve tedavi altına alınma tedbirine başvurulacaktır.

Suçlu, suçun işlendiği an akıl hastası fakat duruşmada bu hal devam etmiyorsa, sanığın beraat ettiğine tanık olunmaktadır. Kuşkusuz, ceza verilmeyecek bu kişilere akıl hastanesinde muhafaza tedbiri uygulanması da anlamsız olacaktır. Bu şekilde uygulamaya yer veren ülkeler sırası ile Belçika, Avusturya, Fransa, İsveç, İtalya, İsviçre, Almanya ve Türkiye'dir.

Suçlu, suçun işlendiği an akıl hastası olmayıp, duruşmada akıl hastası olmuş ise, ön görülen tretman ve tedbir türü her ülke için belirlenen zamana dayalı bulunmaktadır. Belçika Sosyal Savunu Kanunu (Madde 7), İsveç (Bölüm 31, k.3 ve 4) ve İtalyan (Madde 203) Ceza Kanunları ve İngiliz Akıl Sağlığı Kanunu cezanın tayin edilmesi zamanını esas almış bulunmaktadırlar.

Suç işledikten sonra, özellikle hafif derecede akıl hastalığından muzdarip veya duygusal dengesizlik içinde bulunan kişiler bakımından, tutuklanıp cezaevine konulduklarında "cezaevi saykozu" oluştuğuna tanık olunmaktadır. İşte bu durumda, ceza verilmekte ise de, cezanın infazı ertelenmektedir (Bk. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Md 399). Almanya'da da suçlunun ceza tayini veya cezanın infazı sırasında akıl hastalığından muzdarip olması hali, infazın tehir edilmesi sebebinin oluşturmaktadır (Bk. Alman Ceza Usulü Kanunu, Kısım 455, paragraf 1).

Akıl hastası suçlular için seçilecek yaptırımında suçun niteliği önem kazanmaktadır. Bazı ülkelerde "makullük" kuramına yer veren ilkeler konulmuştur. Sanığın ufak türden suçlar işlemiş olması halinde kendisinin akıl hastanesinde muhafaza ve tedavisi uygun olmayacağı gibi haklı da gösterilemeyecektir. Nitekim, Belçika (Sosyal Savunma Kanunu Madde 7) ve İspanya'da (İspanya Ceza Kanunu Madde 8, k.1, alt-k.2 ve k.3 alt-k.2) sanığın kabahat türü suç işlemesi halinde tretman ve güvenlik tedbirlerine izin verilmemektedir.

dir. Keza Avusturya'da (Avusturya Ceza Kanunu Madde 21) akıl hastanesinde muhafazaya ancak en az bir yıla kadar hapis cezası verilebilecek suçlar için izin verilmektedir. İtalya'da (İtalya Ceza Kanunu Madde 219), akıl hastalığı sebebiyle cezai sorumluluğu azaltılmış suçlu için bir güvenlik tedbiri olarak akıl hastanesinde muhafaza ve tedaviye ancak bu kişi tarafından işlenen cürüm için (taksirli olmayan) kanunun tespit etmiş olduğu hapis cezasının asgari beş yıldan az olmaması halinde başvurulabilmektedir. İngiltere'de Akıl Sağlığı Kanununa göre, ancak hapis cezası ile cezalandırılacak suçlular için akıl hastanesi bakımına izin verilebilmekte; Almanya'da da genel makullük ilkesi tretman ve güvenlik tedbirleri uygulamasında göz önünde bulundurulmaktadır (Ceza Kanunu, md. 62.)⁽⁷⁾.

Türk Ceza Kanununda yalnızca fiile değinmekle yetinilmiş ve hastanede muhafaza süresi bakımından "isnat edilen suçun, ağır hapis cezasını gerektirmesi halinde" sürenin bir yıldan az olmayacağı belirtilmiştir (Eski Türk Ceza Kanunu Madde 46, 47)⁽⁸⁾. Yeni Ceza Kanununda fiil ve suç deyimleri dışında sınırlayıcı bir düzenleme getirilmemiş; ayrıca yürürlükteki kanunda sözü edilen bir yıllık sürede kaldırılmıştır.

Akıl Hastalığı Kapsamı

Akıl hastalığı bilimsel bir kavram olmayıp, psiko analitik bir kavramdır. WHO'nun hastalıkların uluslar arası sınıflandırılmasının 10. Revizyonunda (ICD-10) temel kavram olarak bozuk-

luk yer almaktadır. Hastalık deyimi bakımından hukuk sistemlerinde anlayış farkı görülmektedir. Ne var ki, akıl hastalığının devamlı, geçici veya devrik, tedavi edilir veya edilmez, irsi veya edinilmiş, irade dışı olması veya olmasının fark etmediği konusunda görüş birliği vardır.

Akıl zayıflığı bakımından tüm Avrupa ülkelerinde cezai sorumluluk söz konusu değildir. Bu yaklaşım bazen İsveç örneğinde olduğu gibi açıkça hükme bağlanmıştır (İsveç Ceza Kanunu Md. 33, 2). Psikopatlık ve cinsel sapıklarında ancak belli bir şiddet derecesine ulaştıklarında cezai sorumlulukları olmayacağı konusunda görüş birliği vardır. Görüleceği üzere, her psikopat akıl hastası olmadığından ancak akıl hastası sayılabilecek durumda olanlar (saykızın başlangıcı gibi) için sorumsuzluk defisi ile sürülebilir. Zaman zaman T.C.K. 47'nci maddesinin tartışmalı bir uygulamaya dönüşmesi sonucu, bazı mükerrir suçlu psikopatların teşvik edildiği göz ardı edilmemelidir. Nitekim, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanmış bulunan Model Ceza Kanunu'nda "yalnızca itiyadı suçluluk veya antisosyal davranışla ortaya çıkan anormallik halinin akıl hastalığı veya zayıflığı" kapsamında olmayacağı normlaştırılmıştır (Model Ceza Kanunu Madde 4).

Ceza Kanunu,(2004/Madde 57'de, toplum açısından tehlikehiliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir) akıl hastalarının "tehlikehiliği hali" oluşturduğu; ve bu halin akıl hastalığının salah bulması sonucu veya başka bir sebeple (örneğin yaşlanma) ortadan kalkacağı kabul edilmiştir.

(9) Alman Ceza Kanunu 20.paragrafı (Ruhî bozukluktan dolayı kusur ehliyetsizliği): Hastalık teşkil eden ruhî bir bozukluktan, esaslı bir bilinç bozukluğundan veya akıl zayıflığından veya başka bir anormal ağır ruhî durumdan dolayı, fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme kabiliyetine sahip bulunmayan bir kimse, kusurlu hareket etmiş olmaz.

Yeni TCK (2004) ile cezai sorumsuzluk için M'Naughten kuralı(yanlış-doğru testi) ile dayanılmaz dürtü testleri birlikte getirilmiştir. Unutulmamalıdır ki, adam öldürme ve intihar eyleminin obsesif-kompulsif nevrozdan kaynaklandığı görülmemiştir. Kısmi cezai sorumluluk açısından bu kez yalnızca dayanılmaz dürtü testi ile yetinilmiştir: Birinci fıkrada yazılı derecede olmakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye...verilecek ceza, altında birden fazla olmamak üzere indirilebilir.Yeni TCK ,2004 Madde 32/2).

Bu düzenleme biçimi ile suçlar için cezaevi yerine (özel güvenlikli) akıl hastanesi bakımı ikame edilmek istenilmiştir. 1997 Öntasarı gerekçesinde bu konuya ilişkin doyurucu bir değerlendirme yer almadığı gibi kategorik olarak ifade edilenlerde, yukarıda değinilen mukayeseli hukuk bulgularına duyarlık gösterememektedir.

Yeni TCK'da fiilin anlam ve sonuçları bakımından hukuki betimlemesine neden başvurulduğu anlaşılamamıştır. Kanundaki cezai sorumsuzluk ile güvenlik tedbirleri düzenlemesi şöyledir:

Akıl hastalığı

MADDE 32- (1) Akıl hastalığı nede niyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan(Alman Ceza Kanununda hareket etme kabiliyetine sahip bulunmayan bir kimse) kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir⁽⁹⁾.

(7) "StGB 62. Orantılılık ilkesi. Fınniyet tedbiri fail tarafından işlenmiş olan, ilerde işlemesi muhtemel olan suçlar ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantılı değilse, emniyet tedbirine hükmedilemez." TCK Tasarı MADDE 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir.

(8) 1996 yılında kesinleşen mahkumiyet kararları taramasında haklarında TCK 46/47 madde uygulanan sanık sayısı 197'dir. M.T. Yücel. Adale Psikolojisi, Ank., 2004; Almanya'daki sayısal görünüm için bk. H. L.Schreiber. "Psikiyatrik ve Hukuksal Kriterler Arasında Kusur Yeteneği Değerlendirilmesi" Tıp ve Ceza Hukuku (Seçkin Yayınevi) Ank., 2004, s.28.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri

MADDE 57- (1). Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.

Bu fıkra da görüleceği üzere güvenlik tedbirinin süresi açısından asgari bir süre öngörülmemesi toplum açısından riskli bir düzenleme görünümündedir. Unutulma- mahdır ki, bu kapsamdaki bir şizofrenin sağlık kurulunca düzenlen raporda toplum açısından tehlikeli- liğinin ortadan kalktığının veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine ertesi gün mahkemece salıverilmesi mümkün olmaktadır. İngiltere’de kura- la ismi verilen M’Naughten akıl hasta- nesindeki 20. inci yılında öldü. Gerçek- te akıl hastalarının tedavi merkezle- rinde hiç kimseye tehlikeli olmayacağı belirleninceye kadar kurumda kalması benimsenerek tehlikenin önemli dere- cede azalması halinde salıverilme olası- lığı Kanundan çıkarılmalı idi. Önerdi- ğimiz yaklaşım benimsendiğinde gü- venli akıl hastanesinde kalış süresi ba- zıları için müebbet olabilecektir. Azal- tılmış cezai sorumluluk bakımından ge- tirilen düzenleme ise şöyledir:

(2) Birinci fıkra da yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yete- neği azalmış olan kişiye (Alman Ceza

Kanununda ehemmiyetli derecede azal- mışsa), ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet ha- pis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere ind- rilebilir⁽¹⁰⁾.

Özetle, ceza kanunlarının toplumu koruma işlevi, cezaların genel önleme etkisinden çok akıl hastalığı veya zayıf- lığı sebebiyle ceza sorumluluğu tama- men veya kısmen kaldırılacak suç fail- lerine uygulanacak yaptırımın özel ön- leme etkisi şeklinde kendini göstermek- tedir⁽¹¹⁾. Bu bağlamda, şimdiye dek açıl- mış yapıları teorik/normatif yaklaşım sorgulanarak, gerçekte sanığın suçu iş- leyip işlemediği/suçlu olup olmadığı saptana- rak; bu saptama sonrası yaptır- ım ve tedavi türünün (akıl hastanesi mi, cezaevi mi, yoksa her ikisinin birlikte olacağının) belirlenmesi yaklaşımı özellikle ülkemize özgü çoğu sorunları giderebilecek nitelikte görülmektedir.

Yeni Kanunda alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları için iyileştirme ve güvenlik tedbiri olarak “zorunlu teda- vi” ön görülmüştür: 57. madde (7). ben- dine göre” Suç işleyen alkol veya uyuş- turucu madde bağımlısı kişilerin, gü- venlik tedbiri olarak, alkol veya uyuş- turucu madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığın- dan kurtulmalarına kadar devam eder”. Bu tür tedavinin yalnızca kurumla sı-

nırlandırılmayıp; gözetimli ayakta te- davi de (ambulatory tedavi) içermesi; sürenin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinde olduğu gibi gayri muayyen süreli olması karşısında suiistimali ön- leyici nitelikte güvencelere kavuşturul- ması gerekmektedir.

Yaptırımlar Sistemi

Kanundaki yaptırımlar sistemini ir- delemeden önce ülkedeki yaptırımların

ADLIYE	Hapis	Para	Hapis & Para	Erteleme	Diğer
İSTANBUL	52.0	33.1	4.4	7.5	3.0
İZMİR	50.9	33.7	3.1	8.5	3.8
KONYA	45.5	26.6	10.8	14.8	2.3
BURSA	43.4	34.4	4.7	13.9	3.6
ANKARA	39.1	40.1	4.5	14.4	1.9
SAMSUN	31.7	45.8	8.3	12.4	1.8
ADANA	25.5	33.3	24.5	14.9	1.8
TRABZON	20.7	39.3	4.6	25.2	10.2
ERZURUM	20.0	57.7	5.0	13.3	4.0
DİYARBAKIR	17.8	50.8	7.8	14.7	8.8
TÜRKİYE	32.6	38.6	6.5	16.7	5.6

görünümü- nü sergilemekte yarar gö- rülmüştür. Bu amaçla 1993 yılına ait se- çilmiş metropol adliyeleri ceza mahke- melerince verilen mahkumiyet kararla- rındaki yaptırımların oransal dağılımı- na aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

(10) Alman Ceza Kanunu 21. paragraf (Azaltılmış kusur ehliyeti): Failin, fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme ehliyeti, §20’de gösterilen nedenlerle fiilin icrası sırasında ehemmiyetli derecede azalmışsa ceza §49 fıkra 1’e göre hafifletilir.

(11) Council of Europe. Studies on Criminal Responsibility and Psychiatric Treatment of Mentally ill Offenders, Strasbourg, 1986; K. Dinçmen. Adli Psikiyatri, İst., 1984, ss.21-27; Her ülkede var olan tedbirler dışında su- çler için “suçlular” ve “akıl hastaları” şeklindeki geleneksel ayrım büyük ölçüde anlamını yitirmiş olup; psi- kolojik rahatsızlıkları olan suçluların cezalandırılması ve tıbbi tedaviye tabi tutulması görüşü ağırlık kazan- mıştır Bk. Council of Europe. Psychosocial interventions in the criminal justice system (Criminological Re- search, Vol. XXXI) 1995, p.159.

T.C.K'nın ihlali bağlamında; yoğunluk gösteren maddelere göre mahkum olanların, (1993 yılı itibarıyla) ağır ceza merkezlerindeki ortalama hürriyeti bağlayıcı ceza miktarı (yıl) dağılımı ise aşağıda verildiği gibidir:

TCK	Adana	Ankara	Erzurum	İstanbul	İzmir	Konya	Samsun	Sivas	Trabzon
202	2.4	2.6	2.4	1.9	2.8	2.3	2.9	2.1	2.7
227	3.0	3.1	2.3	2.6	2.8	3.1	3.9	2.5	3.1
342	2.4	2.5	2.3	2.5	2.5	2.4	2.4	2.6	2.4
345	0.7	1.3	0.8	1.4	1.3	1.6	1.6	1.0	1.5
403	8.4	10.1	11.4	10.0	8.6	10.8	10.3	10.5	9.3
404	3.8	4.6	2.5	3.9	3.8	3.9	3.3	3.8	3.4
414	6.6	8.9	7.1	8.0	7.0	7.5	7.5	7.6	8.3
416	2.6	4.1	4.8	4.7	4.1	3.7	5.3	5.2	3.3
418	4.2	5.8	7.2	7.3	6.1	6.8	6.9	7.1	5.8
448	16.0	15.6	15.4	14.7	14.6	15.3	15.8	15.7	15.9
449	18.6	19.3	20.6	17.9	17.8	19.0	19.1	17.5	20.6
450	24.9	24.9	20.0	23.0	25.5	22.4	24.3	24.7	24.1
456	2.1	1.9	2.6	1.9	2.8	1.8	1.9	2.1	1.7
491	0.9	1.0	1.2	0.9	1.1	0.9	1.0	1.0	0.7
492	1.6	1.6	1.0	1.5	1.8	1.3	1.8	1.5	1.1
493	1.9	2.1	2.0	2.1	2.3	2.1	1.7	1.9	1.7
497	13.6	14.5	17.2	15.7	14.0	13.1	14.4	13.9	13.5

Ceza Yaptırımlarında Farklılık

Ceza yaptırımları uygulaması ile hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza süresi bakımından ülkeler arasında farklılıklar olduğu gibi aynı ülkedeki mahkemeler arasında da farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu tür ülke içi karşılaştırmalar Kanada, Avustralya, ABD, İngiltere ile Türkiye için yapılmış olup; İngiltere'de otuz sulh ceza mahkemesini kapsayan çalışmada; bir mahkemenin, önüne gelen suçluların % 46'sını

para cezasına mahkum ettiği, diğerinde para cezası uygulamasının % 76'ya ulaştığı; hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasında ise, mahkemeler arasındaki değişimin % 3 ile % 19 arasında olduğu saptanmıştır. Ne var ki, anılan mahkemelerde yıllar itibarıyla bir değişime tanık olunmamıştır. Türkiye'de ceza uygulaması bakımından mahkemeler arasında görülen farklılığa ise, özellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ce-

za cezasına mahkum ettiği, diğerinde para cezası uygulamasının % 76'ya ulaştığı; hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasında ise, mahkemeler arasındaki değişimin % 3 ile % 19 arasında olduğu saptanmıştır. Ne var ki, anılan mahkemelerde yıllar itibarıyla bir değişime tanık olunmamıştır. Türkiye'de ceza uygulaması bakımından mahkemeler arasında görülen farklılığa ise, özellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ce-

za seçenек ceza ve tedbirlerin uygulanmasında tanık olunmuştur.

ABD'de Federal düzeyde mahkemelerce hükmedilen adil olmayan ceza farklılığını gidermek üzere suçları ciddiyet derecesine göre sınıflandıran, kişinin sabıka durumunu göz önüne alan 43 seçenekli bir şemayı içeren rehber ilkeler (Federal Sentencing Guidelines) vaz edilmiş ise de, son yıllarda bu ilkelere (downward) sapma gösteren ce-

za mahkumiyetleri yoğunluk göstermektedir⁽¹²⁾.

Para cezası Avrupa'da en popüler bir yaptırım olup; Almanya, Avusturya, Finlandiya ve İngiltere'de tüm yaptırımların % 70 'inden fazlası para cezalarından oluşmaktadır. Ülkeler açısından cezaevine giren hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü sayısı bakımından 1990 yılında hükümlülerin ceza süreleri itibarıyla dağılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir:

ÜLKELER	0-3 ay	%	3-6 ay	%	6-12 ay	%	12+ ay	%	TOPLAM
AVUSTURYA	2673	40.4	1360	20.6	1367	20.7	1207	18.3	6607
DANİMARKA	12410	80.4	1308	8.5	937	6.1	766	5.0	15421
FRANSA	33844	38.6	21568	24.6	15853	18.1	16383	18.7	87648
İTALYA	14911	22.7	18561	28.3	13554	20.7	18605	28.3	65631
NORVEÇ	2171	48.7	550	12.3	885	19.8	858	19.2	4464
PORTEKİZ(*)	1219	20.0			3011	49.5	1853	30.5	6083
İNGİLTERE	10143	18.1	12608	22.5	13400	23.9	19918	35.5	56069
İSKOÇYA	5148	39.6	45095	35.4	1853	14.3	1391	10.7	12987
İSVİÇRE	10010	82.0	710	5.8	400	3.3	1090	8.9	12210
TÜRKİYE	21513	47.2	3553	7.8	6633	14.6	13861	30.4	45560

Bu tabloda görüldüğü üzere uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlü sayısı Portekiz, Türkiye ve İngiltere'de yoğunluk göstermekte; özellikle İngiltere ve Türkiye(aflara karşın) bu konumunu uzun süredir korumaktadır.

Toplumda işlenen suçlar bakımından sabıkalı kişilerin büyük bir pay oluşturdukları yadsınamaz. Nitekim Almanya'da adli sicil veri tabanı üzerinde yapılan bir araştırmada, 1980 yılı içinde adli sicil kaydı oluşturulan hükümlüler-

den %53.2'sinin 1981-1985 döneminde bir kaydının daha olduğu ve bunların % 17.8'sinin para cezasına, % 35.4'ünün ise hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edildikleri saptanmıştır (Karl-Heinz Gross). 1/6/2000 tarihi itibarıyla ülkemiz Adli Sicil veri tabanı taramasında 1994 yılında hakkında ceza fişi oluşturulan 480.289 hükümlüden % 19.5 inin (94.074) 1994-1999 yıllarında birden çok suç işlediği ve ortalama suç sayısının 2 olduğu saptanmış;

(12) R.W. Zobel. "An Overview of the United States Sentencing Guidelines" Resource Material Series no.55 (UNAFEI) Fuchu Tokyo (March 2000) pp.357-376.

(*) 0-6 ayı kapsamaktadır

bunların % 6.7 si hapis ve para cezasına, % 52.6 sı para cezasına ve % 40.5'i de hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edildiği görülmüştür. Bu verilerde göstermektedir ki, zorunlu olmadıkça hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmemeli. Bu penolojik gerçeğe karşı tarih-

sel bir karşılaştırma yapmak üzere ceza kanunundaki yaptırımların sayısal konumu bakımından aşağıdaki tabloya bakıldığında Yeni TCK'da (2004) hapis cezalarında artış/para cezasında azalma görülmektedir.

Yaptırım türü	1965	%	1995	%	2004(*)	%
Hapis	340		353		284	
Ağır hapis	160	70.08	163	70.83	25	77.6
Müebbet ağır hapis	13		16		18	
İdam	38	5.19	16	2.133	-	
Para cezası	181	24.75	203	27.03	94	22.4

Öte yandan, bu tablo hürriyeti bağlayıcı cezanın sayısal yoğunluğu nedeniyle şiddetli bir ceza sistemi görüntüsü vermekte ise de, bu durum yalnızca 1965 yılı öncesi için geçerlidir. Bu yılda yürürlüğe giren Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı Kanunla yaptırımlar sisteminde reform niteliğinde bir değişim süreci başlatılmış; ve % 50-55 civarında olan hürriyeti bağlayıcı ceza

uygulaması 1994 yılında % 16'lara (2+4) düşerken, para cezası % 60'lara (1+3) yükselmiş bulunmaktadır. Bu veriler, uygulaması artan erteleme (% 17.6) ve hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek tedbirler (% 5.7) ötesinde değişimin en belirgin kanıtını da oluşturmaktadır. Bu verilere ait tabloya aşağıda yer verilmiştir.

Mahkeme türü	Ön ödeme	Hapis	Para Cezası	2+3	Ertelene	Tedbirler
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
DGM	1	0.0	2091	47.4	385	8.7
Ağır Ceza	388	1.1	14078	39.9	4994	14.1
Asliye	19371	7.1	38479	14.1	108225	39.6
Sulh	129632	32.8	7622	1.9	168769	42.7
Çocuk	8	0.2	78	2.4	808	24.4
Türkiye	149400	21.0	62348	8.8	283182	39.8

Şimdi Türkiye gündeminde güncelliğini koruyan cezaevleri nüfusu kabarıklığı ve bu nedenle kapasite üstünü erit-

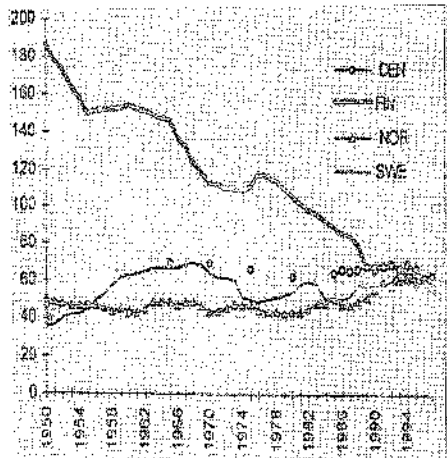
mek amacıyla çıkarılan aflar sonrası nüfus hareketini izlemek üzere aşağıdaki tabloya yer verilmiştir.

YIL SONU İTİBARIYLA HÜKÜMLÜ VE TUTUKLU SAYISI (1967-2002)						
Yıllar	Hükümlü	Değişim	Tutuklu	Değişim	Toplam	Değişim
1967	18890	100	20049	100	38939	100
1968	27120	144	24305	121	51425	132
1969	27800	147	24729	123	52529	135
1970	31830	169	25584	128	57414	147
1971	30764	163	26139	130	56903	146
1972	30600	162	27655	138	58255	150
1973	27210	144	25835	129	53045	136
1974	5101	27	18417	92	23518	60
1975	13063	69	21134	105	34197	88
1976	17274	91	23550	117	40824	105
1977	24187	128	26101	130	50288	129
1978	26995	143	28353	141	55348	142
1979	29172	154	29048	145	58220	150
1980	37843	200	36747	183	74590	192
1981	47111	249	34307	171	81418	209
1982	46956	249	29322	146	76278	196
1983	46187	245	26694	133	72881	187
1984	47301	250	25512	127	72813	187
1985	46315	245	21980	110	68295	175
1986	31945	169	18313	91	50258	129
1987	31638	167	17259	86	48897	126
1988	30456	161	16996	85	47452	122
1989	29162	154	16873	84	46035	118
1990	29506	156	15704	78	45210	116
1991	10883	58	13283	66	24166	62
1992	13152	70	13935	70	27087	70
1993	15540	82	18483	92	34023	87
1994	20894	111	22645	113	43539	112
1995	26315	139	23009	115	49324	127
1996	31317	166	24965	125	56282	145
1997	33121	175	24383	122	57504	148
1998	41238	218	24927	124	66165	170
1999	44131	233	23450	116	67581	173
2000	24855	131	24657	122	49512	127
2001	27541	145	28068	139	55609	142
2002	30637	162	28550	142	59187	151

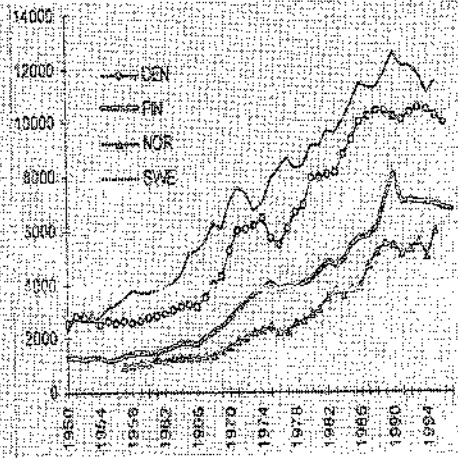
Bir ülkedeki suç oranı kendi yasaları ve dinamiklerine göre yükselip düşerken, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet siyaseti de kendi dinamiklerine göre gelişmekte ve değişmektedir. Bu iki sistem birbirinden bağımsızdırlar. Nitekim (1950-1997) 100.000 nüfustaki suç ve cezaevi nüfus oranlarına ait aşağıdaki tabloların belgediği üzere

İskandinav ülkelerinde hürriyeti bağlayıcı cezaya başvurmada çarpıcı bir farklılık kadar kayıtlara geçen suçluluk gelişiminde de çarpıcı bir benzerliğe işaret etmektedir: Finlandiya'da mahpus oranının fazlaca azalmasına karşılık İskandinav ülkeleri suç oranları simetrisinin bozulmadığı görülmektedir⁽¹³⁾.

Cezaevindeki Nüfus Oranı
(1950-1997)
(/100.000 nüfusa göre)



Ceza Kanununu İhlal eden Suç Oranı seyri
(1950-1997)
(/100.000 nüfusa göre)



Popülist ceza yaklaşımının bilimsel gerçekleri göz ardı ettiği. Siyasete egemen olan popülist yaklaşımın yakın bir geçmişte ceza hukuku alanına da sıçradığına tanık olunmuş ve "popülist ceza" kavramı kriminoloji'ye yer etmiştir. Bu kavram "yasa koyucuların cezai değerini göz ardı ederek daha ziyade popülarite beklentisine dayalı siyasetleri yasalaştırma eğilimine" işaret etmektedir. Ceza siyasetindeki bu geleneksel yaklaşıma özgü başlıca sınırlar şöyledir:

1. Girift sorunlara basit çözümler getirilmesi;
2. Sistematik kriminolojik araştırma sonuçları ile tutarsız olması;
3. Gereksiz ıstırap kaynağı olması yanında maddi ve sosyal bedelinin yüksekliği.

Siyasiler popülist süreçte cezai "silahlanma yarışına" kilitlenmekte; her parti seçmenleri arasında popülarite kazanmak üzere halkın korunması için cezaların daha ağırlaştırılmasını önermektedir. A.B.D.'de tavana vuran ce-

zai eskalasyon sürecini Avrupa Ülkelere ve özellikle Türkiye'nin de kat etmeye başladığı görülmektedir. Ülkedeki popülist yaklaşımın nasıl oluştuğu konusunda geliştirdiğim matematiksel modele aşağıda yer verilmiştir.

Cezaların önleyici etkisinin ölçülmesine esas olmak üzere "beklenen ceza şiddeti/korkusu" şu şekilde formüle edilebilir: $CK = O * Y$

CK: Ceza korkusu

O: Yakalanma ve mahkumiyet olasılığı Y: Yaptırım

Adil yargılanma hakkı bağlamında sanıklara özgü yaratılan bir hakla suçlu/masum kişiler açısından (O)'da bir azalma yaratıldığı; masum kişi kadar suçlu kişiyi de mahkum etmenin zorlaştığı CMUK tadilatı sonrası dile getirildiği gibi şartla salıverme oranındaki yükseklik nedeniyle de cezanın etkisizleştirildiğinden söz edildi. Bu konumdaki CK'nın eski seviyesine getirilmesi doğrultusunda kamu oyu baskı ile yasa organı ya (Y)'yi ağırlaştırarak, ya da bütçeden CMUK payını azaltarak ve/ya anayasal nitelikte olmayan usul haklarını kısırarak (O)'yu eski seviyesine yükseltme iradesini sergileyebilir. Bu tepkiler, yasama organının sanık haklarında beliren yoğunlaşma /sanıkları koruma olgusu karşısında suçta beliren artışa karşı olmaktadır.

Yukarıdaki formüle dayalı, işlenen bir suç için beklenen ceza korkusu, suçlu kişi ile masum kişideki beklenti farkı olarak belirmektedir: $CK = Cs K - Cm K$, veya $CK = Os * Y - Om * Y$

Os = sanığın suçlu olduğunda ceza görme olasılığı;

Om = sanığın masum olduğunda ceza görme olasılığıdır.

Bu formülde ön görülen yaptırımın her iki halde de aynı olduğu kabul edil-

diğinde formül görüntüsü şöyle olacaktır: $CK (Os - Om) Y$. Bu konumda yaptırım olasılığı suçlu olmayana bakılmaksızın aynı olacak (yani $Os = Om$ ise) ve bu konumda suç işlemedeki ceza korkusu sıfır olacaktır.

Medyanın genelde gerçeği yansıtmayan "suç haberleri" ile pompalanan suç korkusu, yaratılan isterya cezaların ağırlaştırılması doğrultusundaki popülist bir yaklaşıma yol vermekte ise de, bunun çoğulcu bir bedeli olacağı göz ardı edilmektedir. Ekonomi, trafik veya eğitim konusunda farklı öneriler getiren siyasiler rasyonel planlama gereği bu önerilerin maliyeti ile kaynağın nasıl sağlanacağına işaret etmek zorundadırlar. Kuşkusuz, aynı gereklilik suç ve ceza siyaseti bağlamındaki öneriler içinde geçerli olmalıdır. Yalnızca hukukun etkinliği ve kamu düzenini istemek yeterli görülmeyle, cezaların ağırlaştırılmasının suçta ne kadar azalma sağlayacağına ilişkin tahminler ile artan hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasının kamu maliyesine getireceği parasal yükün ne olacağı da ortaya konulmalıdır. İşte siyasetin diğer alanları için geçerli olan "hesap sorulması" standartlarının ceza adaleti için de geçerliği de facto benimsendiğinde cezaların salt ağırlaştırılması yaklaşımının cazibesi önemli ölçüde azalacaktır.

Bu amaçla siyasiler kriminolojik gerçeklerden bilgilendirilmelidir. Farklı seçenekler arasında siyasi tercih yapmak konumunda olan siyasiler olası gerçeklerin leh ve aleyhindekileri açıklamakla yükümlüdürler. Halk onlardan bunu beklemektedir. Bu nedenle, hürriyeti bağlayıcı cezanın ne sağlayabileceği, sınırının ne olabileceği ile tehlikele-ri konularında siyasilerin bilinçlendirilmesine yardımcı olunmalıdır. XX.

(13) T. Lappi-Seppälä, "Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive Ideal" Punishment and Penal Systems in Western Countries (Ed. by M. Tonry and R. Frase) New York: Oxford University Press, 2001.

yüzyılın son çeyreğinde ülkemiz cezaevlerinde yaşanan acı gerçekler karşısında kabarik cezaevi nüfusunun ne denli bir bedel ortaya koyduğu unutulmamalıdır. Siyasiler fazlaca "insancılık" ve "topluma yeniden kazandırma" projelerinden etkilenmeseler de, zaman zaman çok normal gibi görünen hürriyeti bağlayıcı cezaya fazlaca başvurulmasının parasal tutarından etkilenebileceklerdir. Sorun cezaevi mi inşa edelim, yoksa okul mu inşa edelim (!?) Evet, hürriyeti bağlayıcı ceza gerekli bir yaptırım olarak belirmektedir ise de, bu yaptırımın tehlikeli suçlara inhisar ettirilmesinde büyük yarar vardır.

Yaptırımlara Özgü alt ve üst sınırlar Kanunda özel hükümler bölümünde yer alan suçlar bakımından yaptırımlara özgü alt ve üst sınırlara yer verilmiştir. Cezaların alt ve üst sınırları yaptırımın bireyselleştirilmesine olanak vermek üzere düzenlenmiş olup; yurtdışı işlenen suçların artış göstermesine karşısında temel cezanın artırılmasına olanak veren bu düzenlemede alt-üst sınır

arasındaki aralığın niceliği bakımından Kanuna bakıldığında 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 yıllık farkların olduğu görülmektedir. Suçların toplumsal risk ve ciddiyet farklılıkları nedeniyle yaptırımsal farklılıkları doğal ise de, her suçta özgü yaptırımın alt-üst sınırları arasındaki makasta beliren ve görünüşte mantıklı bir açıklaması olmayan bu yaklaşım bir eleştiri odağı oluşturmaktadır (14). Örneğin bir suç için ön görülen 2 yıllık alt sınır ile 15 yıllık üst sınır mantıklı açıdan bir çelişkinin ifadesi olmaktadır. Öte yandan 6 aya..., 1 yıla..., 2 yıla..., 15 yıla kadar şeklinde ön görülen yaptırımlarda belirlemelerin nasıl saptanabileceği de karanlıkta kalmaktadır. Bu durumda hükmedilen ceza yaptırımlarındaki eşitsizlik kaçınılmaz olacaktır. Bu düzenlemedeki çarpıklığı sergilemek üzere Kanunda (2004) özel hükümlerde yer alan suçlara ait ay/yıl olarak yaptırım dilimleri dağılımı ile özel hükümlerde kaç kez yer aldığına ait ayrıntılı tablolara aşağıda yer verilmiştir.

(14) Suç istatistiklerinde belirgin şekilde farklılık gösteren suçlara örneğin hırsızlık ve ırza geçmelere, suçların içerdikleri ciddiyet farklılıkları nedeniyle, farklı ağırlık puanı vererek kombine etmek söz konusu edilmektedir. Ne kadar bisiklet hırsızlığı ve taşımacılık ne kadar meskun mahalden hırsızlık ve ırza tasaddiye eşit tutulabilir? 100 mü ? 1000 mü ? Bu bağlamda şu sorular da yanıtlanmalıdır: (a) Üç balık veya bir paltodan hangisi daha sıcak tutucudur? (b) Üç havuç ve iki patates toplandığında ne eder? (a)'da balık ve paltoyu bağlayan müşterek bir olgu olarak net kalori alınabilir. Balıkları yiyerek paltoyu giymediğimizde mi yoksa balıkları yemeyip paltoyu giydığımızda mı daha sıcak hissedeceğimize sorusuna doğru yanıt "paltolar belki de daha sıcak olabilir". (b) de ise havuç ve patatesin ait olduğu müşterek bir türü bulabiliriz ve bu yanıt beş sebze olacaktır.

Bu teorik yaklaşım ceza mahkemelerindeki reel iş yükünü saptama sürecinde devreye girebilir. Her mahkeme türüne gelen iş yükü için gerekli işlem sayı ve süresinde var olan farklılık, aynı mahkemeye gelen işler (suç vasfının ceza adaleti sürecinde değişmesi) içinde geçerlidir. Ne var ki, ceza mahkemelerindeki yıllık veya derdest iş yüküne değinildiğinde, tüm işler sanki aynı işlem süresini gerektirmişcesine sayısal bir nitelendirme ile yetinilmekte; iş yükünün ağırlıklı ölçümü göz ardı edilmektedir. Bu durumu düzeltmek için farklı iş türlerini müşterek bir temele indirmek doğrultusunda örneğin meskondan yapılan bir hırsızlığın belli sayıda trafik işine eşdeğerde olduğunun saptanması gereklidir. Bu süreçte belirlenen belli bir sayı, ağırlık puanını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, cinsel suç içerikli bir davanın yargılama ve işlem süresi hırsızlığın dört katı ise, ağırlık puanı dört olacak ve her iki davaya bakan mahkemenin iş yükü 4+1=5 olacaktır. Kuşkusuz, ağırlık puanının belirlenmesi için mahkeme içi ve dışındaki işlemler için gerekli süre ölçümleri yapılmalıdır. İşte bu türden yapılan ölçümler sonucunda 1993 yılında ceza mahkemelerine yeni gelen iş yükünün 1.121.521 olmasına karşın; reel iş yükünün 5.766.925 olduğu saptanmıştır. Bk. M.T.Yücel. Kriminoloji, İst., (Umut Vakfı Yayını) 2004, ss.15-16.

Min-Max	Kaç kez	Aralığı	4-10	4	6
1-2	3	1	4-12	1	8
1-3	31	2	5-9	2	4
1-4	6	3	5-10	11	5
1-5	10	4	5-12	5	7
1-6	5	5	5-15	5	10
2-4	9	2	6-10	4	4
2-5	20	3	6-12	4	6
2-6	1	4	7-12	2	5
2-7	4	5	8-12	5	4
2-8	1	6	8-15	5	7
2-12	1	10	10-15	10	5
2-15	1	13	10-20	1	10
3-5	4	2	12-16	2	4
3-6	7	3	15-20	5	5
3-7	4	4	15-24	1	9
3-8	11	5	20-25	1	5
3-10	4	7	20-30	1	10
3-12	1	9	24-30	2	6
3-15	1	12			
4-7	1	3			
4-8	2	4			

Tabloda alt-üst hadler arasındaki makasın büyük olduğu sütunlar bold'lu olarak gösterilmiştir.

Ay/yıl	Min-Max	Kaç kez	Aralığı-ay
1-3	1	2	
1-6	3	5	
1a-1y	3	11	
1a-2y	1	23	
2-6 a	4	4	
2a-1y	6	10	
3a-1y	15	9	
3a-2y	7	21	
4a-1y	2	8	
4a-3y	2	32	
6a-1y	8	6	
6a-2y	28	18	
6a-5y	1	54	
9a-3y	1	27	

Dilim/aralık genişliğine göre yoğunluk dağılımı	
Aralık genişliği (yıl)	Kanunda kaç kez yer aldığı
5	48
2	44
3	34
4	30
7	14
6	11
10	8
1	3
9	2
12	1
13	1
8	1

Öte yandan Md. 190. yer alan "...on yıldan az olmamalı" ve keza "on beş yıla kadar..." ile Md. 170. Md "Etkin Pişmanlıktaki 1/3- 2/3 ve Yağma'daki 1/6-1/3 aralığındaki oranı saptarken referans değer ne olacağı belli olmadığından uygulamada yaptırımında farklılıklar, eşitsizlikler kaçınılmaz olmaktadır⁽¹⁵⁾. Bu durumda cezaların suça göre değil hakime göre değiştiği kanısı suçlular arasında oluşmakta ve ceza adaleti sistemi olan güven duygusu zayıflamaktadır.

Bu dilimlerin saptanmasında bilimsel bir tabanın olması gerekir; en azından belli derecede verilen zararın boyutu (ihlal edilen menfaat /yarar) ile suçlunun sorumluluk derecesine (kastten öldüren veya yaralayan sanık taksirle aynı eylemlerde bulunandan daha ağır şekilde cezalandırmayı bekleme-si) göre verilecek bir ağırlık puanı esas alınabilir. Sorumuz şöyle ki, Adalet Komisyonu bu saptama işleminde hangi ölçütleri kullandı?

Yine hâkimin takdirine bırakılan ve fakat referanstan yoksun bir düzenlemede şöyledir:

Malın değerinin az olması

MADDE 147- (1) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Yağmadakinin aksine burada malın değeri az olması halinde ne kadar indirim yapılacağı belirtilmemiştir. Öte

yandan, malın değeri az olduğunda ilk soruşturma evresinde C. Savcılığınca takipsizlik kararı verilmesi dava ekonomisi açısından gerekli bir tedbir olarak belirmektedir. Nitekim mevcut ceza usulü kanununda buna yer verilmektedir.

Madde 152(2) Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.

Değer konusunda Yargıtay daireleri arasındaki yukarıda anılan farklılığı gidermek açısından ölçüye bir standart getirilmemesi bir sakınca olarak belirmektedir.

Ceza yaptırımları arasında yer alan etkili bir yaptırım türü de para cezasıdır. Bu yaptırımın kişinin mali durumuna uyarlı bir etkinlikte hükmedilmesini sağlamak, zengin ve fakir açısından oranlı ve adil bir yoksunluk sağlamak üzere günlük para cezası Kanunda hükme bağlanmıştır. Şöyle ki,

Günlük para cezası

MADDE 52- (1) Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz(StGB, Section 40-beş- üçyüzaltmış) günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.

5-730 gün aralığı çok fazladır. Gün sayısı 1-120 olabilir; yalnız sanık bir-

den çok suçtan yargılandığında yukarı sınır 180 güne çıkartılabilir. Ne var ki, özel hükümler kapsamında suçlara özgü yaptırımlarda "Bin gün, bin beş yüz gün, iki bin gün, üç bin gün, beş bin gün, on bin gün, yirmi bin gün ile on bin güne kadar..." ölçüler ön görülmüştür. Soru bu saptamaların mantığı var mıdır? Günlük miktar ne ye göre saptanacaktır? Bu saptamada yer alacak ekonomik ve şahsi parametreler nelerdir? Nasıl saptanacak? Hâkiminin takdirine mi bırakılacak? Bırakılmayacaksa bunu saptamak için özel bir değerlendirme birimine ihtiyaç olmayacak mı? Denetimli erteleme kurumunda olduğu gibi etkili bir uygulamanın gerektirdiği örgütlenmenin parasal tutarı hesaplandı mı? Yoksa istim arkadan gelir düşüncesiyle Batı'da 100 yıl önce uygulamaya koyulan kurumları fantezi olarak yasallaştırmak ötesinde bir işlevi olmayacağı göz ardı mı edilmektedir. Yok eğer mali durum(net geliri) bakımından kişinin beyanına itibar edilecekse, Finlandiya ceza kanununda olduğu gibi yanlış bir beyana özgü "özel bir suç" oluşmaya gerek yok mu? Bu konuya ilişkin Kanundaki normatif düzenleme aşağıda sergilenmektedir:

(2) En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir(StGB'de 2 DM-10.000 DM). Yasa da bu miktarın enflasyona artışı için bir düzenleme getirilmediği görülmektedir!

(3) Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

(4) Hâkim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye

adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödemesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.

Kanunda suçlara özgü günlük para cezalarının dağılım ve aralığı ise şöyledir:

1000 gün-2000 gün
3000 gün-5000 gün
10.000 gün-15.000 gün
20.000 gün -

328. madde de ise minimum yer verilmeyip, 10.000 güne kadar olacağı hükmüne bağlanmıştır.

Bu sayısal görünümier oldukça abartılı olup; yukarıda belirtildiği üzere makul bir hadde çekilmesi gerekmektedir. Öte yandan, (suçlunun mali durumuna göre) günlük para cezası Avrupa orijinali gözükmemekte ise de, eski Türk Ceza uygulamasına hiçte yabancı değildir. Osmanlı'da gani, orta halli, fakir ve çok fakir diye yapılan sınıflandırmaya göre para cezası için belirlenen oranlar ise 4:3:2 veya 8:4:2:1 veya 10:5:3 v.s. idi. Anılan para cezasındaki karanlık delik sanığın mali durumunun gerçekçi olarak saptanmasıdır.

Yukarıdaki düzenleme bağlamında hâkim para cezasına hükmederken (birincisi, para cezasına esas olacak gün sayısını; ikincisi, bir günlük birim için para cezası miktarını; ve üçüncüsü, mehil, taksit sayısı ile taksitte ödenecek miktarına ait olmak üzere) üç evreli bir takdir kullanacaktır. Ödenmeyen adli

(15) Kuralların kendilerine vücut veren haklı nedenlere göre dar ve kapsamlı olması: Modern hükümetlerin gadrine uğramış bir kişi kuralların ne derece keyfi sonuçlar doğurmakta olduğunu bilir. Özelleştirilmiş/ bireyselleştirilmiş kararlar adil olabilirken, bireysel durumları yeterince göz önüne almayan kararlar adil olmayabilir. Cezaya hükmedilmesi sürecini irdelerdikimizde, açık uçlu takdir yetkisi çokça eleştirilerek, ilgili değişkenlerin sayısı oldukça fazla olduğunda, rijit nitelikli kurallara dayalı kararların fazla adaletsizlik üreteceğine değinilmiştir. Norveç'te alkolü vasıta kullanma hakkındaki yasa kuralının rijit infazının, kandaki alkol yüzdesinin 0.05 üzerinde olması halinde üç haftalık hapis cezasına mahkumiyetin kişinin arabasını garaja sokması veya hayat kurtarmak üzere olması halinde de uygulanması kayda değer bir örnektir. M.T. Yücel. *Hukuk Felsefesi*, Ank., 2004 s.148.

para cezasının hapse çevrileceği Kanunda belirtilmişse de, yöntemine işaret edilmemiştir. Bu konuda Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı Kanunun 5. madde hükmü ile kırk yıllık uygulamasına ilişkin içtihat birikimi ile Kanunun referans kaynaklarından StGB Section 43'deki ".....Bir günlük birim para cezasına, bir günlük hürriyeti bağlayıcı ceza tekabül eder." hükmü göz ardı edilmiş bulunmaktadır.

Ceza Yaptırımlarının Etkinliği- Feed back ilişkisi

Her toplumda bir kısım yetkililer toplumun diğer üyelerini asırlardır yargılamak/cezalandırmaktadır⁽¹⁶⁾. Bu süreçte bazı şeylerin öğrenilmiş olmasını beklemek mantıklı ise de, hâkimlerin çoğu kez yaptırımın etkinliğine ilişkin öngöründen yoksun olarak karar verdiklerine tanık olunmaktadır. Onların bilinçli uğraşı, yargılamanın adil olarak usul gereklerine uyarlı bir biçimde yürütülmesine odaklanmaktadır. Hükmedilecek yaptırımın etkinliği onların ilgi alanı dışındadır. Etkinlik öğrenimi ancak sistemde feed back olanağına yer verildiğinde sağlanabilir. Dart oynayan bir kişinin hedefle kendisi arasında bir perde olması halinde ancak her atışta hedefe ilişkin bilgi verilmesi halinde bu oyunu öğrenebileceği düşünülebilir. Ceza adaletinde hâkimlerin konumu dart oynayanlar gibidir. Hükümlüler gözden uzak oldukları ve yaptırımın

onlar üzerindeki etkisi konusunda feed back bilgi verilmediği için hâkimler perde üzerinden dart oynama konumundadırlar. Afların gündemden düşmediği ülkemiz bakımından bu olgu daha da çarpıcı olmaktadır. Ceza siyasetinde daha ciddi bir kara delikte zamanlaşımı nedeniyle düşmelerdir⁽¹⁷⁾. Bunların yıllık tutarı yaklaşık 400.000 civarındadır. Kanunda buna çare olarak artırılan zaman aşımı süreleri bir çare gibi gözüküyorsa da, kırtasiyeciliği körüklemesi ötesinde sakıncalı yanları da göz ardı edilmektedir. Suçluların yeniden sosyalleşmesi (resocialisation) dile getirilmekte ise de, 81 yıllık uygulamadan, penolojik bilgiden yoksunluk bu yaklaşımı da sanal bir niteliğe büründürcektir.

Kanun için felsefede önemli bir değişiklikten söz ediliyor- emperyal yaklaşımdan tüketici yaklaşımına doğru bir değişim olarak tercüme edilecek bu felsefenin biçim ötesinde bir varlığına tanık olunamamıştır. Gerçek değişim için mağdura odaklanılması gerekli olup; buna ait düşüncelere aşağıda yer verilmiştir.

Toplumsal Adalet Modeli

Bu modelde adaletin yerini bulması bağlamında güvenli toplumlar geliştirme ve mağdurun tatmin edilmesi hedeflenmekte; cezai olmayan alternatif tedbirlere ağırlık verilmektedir.

Cezalandırma

Mahpusluk

Toplum

İslah

Suç mağdurlarını tatmin

Güvenli toplumlar

geliştirme

Genel önleme

Cezai olmayan alternatifler geliştirme

Toplum, doğal olarak suça karşıdır ve olması gereken de budur. Ne var ki, bu tepkide halkın dikkatleri suçtan ziyade suçluya kaydırılmış bulunmakta; yanlışların/sosyal sorunların yalnızca illegal yapılmak suretiyle çözümlenebileceği yanılgısına düşülmektedir. Hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü suçluların toplumdan soyutlanarak cezaevi- ne konulmasının, pahalı olduğu kadar sınırlı etkiye sahip olması; cezaevine giren her suçlunun yerine yenisinin türemesi karşısında suçlulukla mücadelede yeni modelin ne olmalıdır sorusu gündeme gelmektedir. Kuşkusuz, yeni model, toplumu ve toplumun en alt idare birimi olan "mahalle"yi temel alan yaklaşımdır. Bu model Türk toplumuna hiçte yabancı değildir. Ne var ki, kültürümüzde yerleşik olan "mahalle namusu", "çalınan malların bedelinin mahallece karşılanması", "mahalle bekçisi" ve "mahalle karakolu" ile toplumsal temelli modelin yeni içerikler kazandırılarak güncelleştirilmesi yerine günümüzde terk edilmesi karşısında, bu modelde saklı bulunan sinerjinin yeni bir içerikle aktive edilmesi gerekmektedir. Bu yaklaşımda mahalle sorun çözen bir birim olarak ele alınmalı; resmi ve gayri resmi hizmetler o düzeyde organize edilerek; karar alma süreçlerine sakinlerinin katkı ve katılımların gerektiği anlayışı yerleştirilmelidir. Bu bağlamda suçluların neden cezalandırıldıkları sor-

gulanmalı; sistem tutarsızlıklarından arındırılmalıdır. Bu durum 2001 yılı ve sonrası af kanunu tartışmaları nedeniyle oldukça belirgin olmuştur. Devlet ne hakla vatandaşlara karşı işlenmiş suçları affederken, onların ikinci kez mağduriyetlerine sebebiyet verebilir(?) sorusu kamu oyunda yankılandı ve oldukça da taraftar buldu. Soyulan, ırzına geçilenin toplum değil, mağdur kişi olması nedeniyle suçlunun borcu, bu nedenle, topluma değil, mağdura. İşte yeni modelde "giderici adalet" gerçekçi bir paradigma olarak belirmektedir. Bu yaklaşım Türk Ceza sistemine yabancı olmayıp, Cezaların infazı hakkındaki kanunda (1965) yer alan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif bir tedbir olarak (aynen iade veya tazmin) sisteme girmiş bulunmaktadır. Bunun geleneksel yaptırım sistemine göre başlıca avantajları şunlardır:

1. Suç mağdurlarına el uzatılması- yardım sağlanması;
2. Tazminat elde edebilme olanağının mağdurları suçları ihbar etmeye ve mahkeme huzuruna çıkmaya cesaretlendirmesi;
3. Tazminat keyfiyetinin, suçlunun kendisine bir şey yapılması yerine onun bir şeyler yapması olarak iyileştirilmesine katkı yapabileceği;
4. Bütçe gider harcamalarında önemli ölçüde tasarruf sağlanacağı;
5. Suçun kazançlı bir iş olmaktan çıkartılabileceğidir.

(16) Cezalandırmanın ahlaki temeli için bk. M.T.Yücel. *Hukuk Felsefesi* Ank., 2003, ss.59-60.

(17) Tebliğnamenin tebliğ edilememesi nedeniyle son iki yıl içerisinde beliren düşme sayısındaki artış nedeniyle yaptırım etkisi sınırlı olan suçlara ilişkin dava dosyalarının temyiz üzerine Yargıtay Başsavcılığınca tebliğname düzenlenmeksizin ilgili daireye gönderilmesi hükmüne bağlanmıştır (Yargıtay Kanunu 28. maddesine fıkra eklenmesi- R.G. 21 /07/2004-25529- Madde 13).

İşte aynen iade/tazminat etrafında şekillenen bu sistemin en büyük avantajı, hiç kuşkusuz, mağdurlarca sisteme sağlanacak "destek" olacaktır. Çoğu mağdurların cezai adalet (hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası) yerine giderici adaleti tercih ettiklerine dair fazlaca kanıt vardır. Mağdur için önemli olan çalınan malın iadesi, kırılan camın değiştirilmesi, hasar gören arabasının tamiri, genelde zararının giderilmesidir. Bu beklenti oldukça gerçekçidir. Öte yandan, ailevi veya kişisel ilişkiler içinde bulunan kişiler arasında işlenen şiddet suçlarına bakıldığında cezai adaletin devreye girmesi sonucu sosyal ve aile bağları kopmakta ve tarafların uzlaşma şansı azalmakta/yok olmaktadır. Bu süreçte fail ve mağdur arasında beliren kutuplaşma ve oluşan taraftarla nefret ve düşmanlığın körüklendiğine tanık olunmaktadır. Bu sosyolojik gerçek bile tek başına anlaşmazlıkları çözümleyici mekanizmanın ileride vuku bulacak şiddeti önlemek açısından ne derece önemli olduğunu kanıtlamaktadır.

Geleneksel ceza modelinde zarara zararlar, acıya acıyla yanıt verilmektedir (lex talionis); suçlunun ıstırapı artıkcı mağdurun ıstırapının azalacağı düşünülmektedir. Bu yaklaşım mantığı ile "göze göz dünyayı kör yapmış" (Ghandi); zarara zararlar verilen yanıt toplumdaki zararı katlamış; mağdur (kul) hakkı teslim edilmemiştir. Bu sistemde suç mağdurlarının menfaati/en belirgin ihtiyaçları göz ardı edilmektedir. Ceza hükmü mağdurun mağduriyetini belgeleyen resmi bir belge olmak dışında fazlaca bir anlam taşımamaktadır. Sistem "mağdura ne olacağı" yerine "faile ne olacağına" odaklandığından ceza hükmü ile mağdur eski bütünlüğüne kavuşamamaktadır.

Öte yandan, mağdurları yankıladığını iddia edenler, mağdurların ancak en ağır cezaların uygulanması ile tatmin olabile-

ceklerini dile getirmekte iseler de, bu genelleme çoğu mağdurlar için geçerli değildir. Yukarıda değinildiği üzere, iyileşme, iade, tazminat ve gelecekte mağdur olmayacağından emin olma çoğu suç mağdurları için temel amaçlardır. İşte sosyal müdahalenin ana amacının toplumsal huzuru sağlamak, zararı gidermek, yaraları sarmak ve yeni suçların işlenmesini önlemek ise, ceza sisteminin başarısız olduğu yerde uzlaşma, iade ve tazminata dayalı "giderici sistem" in nasıl ve neden başarılı olacağını anlamak daha kolay olmaktadır.

İşte bu düşünceler doğrultusunda, bilinçli felsefi bir referans olmaksızın da, toplumların pisliklerini halı altına süpürmesi şeklindeki inancı gerçekçi ve uygun görülmemektedir. Başlamış; sosyal bir sorun olarak suçun, sosyal sistemin ürünü olduğu; sosyal açıdan belirgin bir şekilde risk oluşturduğu için kabul görmeyecek suçlar dışında kalan tüm suçların toplumda trete edilmesi ilkesi egemen olmaya başlamıştır. İşte hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif, toplum temeline dayanan bu iyileştirme yaklaşımı negatif ve özellikle kurumsal yöntemlerden daha etkili olmaktadır. İşte Çocuk Mahkemele-ri...Kanunu ile getirilen ve Kanunda yer alan denetimli erteleme (probation) bu toplumsal tretman yaptırımının en tipik örneğini oluşturmaktadır. Ne var ki, bu yaptırımın mana ve önemi yeterince algılanamadığından şimdilik de jure bir varlık göstermektedir. İşte bu yeni felsefi yaklaşım ile geleneksel ceza adaleti felsefesi arasındaki farkı aşağıdaki karşıtlar listesi açıkça sergilemektedir:

Bireyin işlediği suçta toplumun da sorumluluk payı vardır. Bu bakımdan önlemenin ufkunu toplumsal alana doğru genişletmek zorunludur.

Mevcut infaz sistemi felsefesi şöyledir:

Suç devlete karşı işlenen bir yasa ihlalidir.

Ceza şu nedenlerle etkilidir:

a) Ceza tehdidi suçu önlemekte, ve
b) Ceza davranışı değiştirmektedir.

Ceza adaleti sistemi suçlu davranışı kontrol etmektedir.

Sorumlu tutulma ıstırap çekmekle örtüştürülmüştür.

Bu süreçte mağdurlar tali konumdadır.

Toplumda gözetim felsefi yaklaşımı şunları öğretmektedir:

Suç topluma karşı işlenmiş bir eylemdir.

Bilinçli olarak yaratılan acının toplumun sağlığına bir katkısı olmamaktadır.

Suç kontrolü temelde sosyal/ekonomik ve toplumsal örgütlenmede saklı bulunmaktadır.

Sorumlu tutulma, sorumluluk alma, zararı önleme ve onarma için davranma olarak tanımlanmaktadır.

Suçun çözülmesi sürecinde mağdur merkezi bir konumdadır.

Toplumlarda suç ve ceza anlayışının daha nesnel ve daha insancıl doğrultuda gelişmesi çağımızda "uygar" nitelemesinin başlıca şartı olmuştur. G.B. Shaw'un söylediği gibi "Bir insanı cezalandırmak için ona kötülük etmeniz gerekir. Eğer onu düzeltmek istiyorsanız onun gelişmesine yardım etmelisiniz. Ve insanlar kendilerine kötülük edildiğinde gelişemezler"⁽¹⁸⁾.

Cezaların şiddeti bağlamında pratikte göz önünde tutulması gereken bir sonuçta, oldukça ağır cezaların yasalarda yer alması halinde hâkimlerin bu tür yaptırımlara hükmetme olgusunda bir azalma (discriminalisation) görülmüştür. Çoğu değerlendirme çalışmaları, suçlulara hükmedilen ağır cezaların,

mükerrirlik oranları üzerinde aksi etki yaptığı merkezindedir.

Diğer bir sonuçta, Batı dünyasında suç oranı ile hükmedilen cezaların şiddeti arasında kesinlikle nedensel bir ilişkisi olmadığı gibi ikisi arasında sap-
tanabilir bir ilişki de olmadığıdır⁽¹⁹⁾.

Hapis cezasının ertelenmesi

MADDE 51- (1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir (StGB, Section 56). Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından, üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için, kişinin

(18) G.B.Shaw The Crime of Imprisonment, The Citadel Press, New York, 1961.

(19) Bk. Council of Europe. Crime and Economy Strasbourg, 1995, p.133; gerçekte cezalar cetvelinde ağırdan aşıya doğru bir inişe tanık olundu; ilk önce ölüm cezasını ağırlaştırıcı biçimleri kaldırıldı; sonra ölüm cezasının hükmedildiği suç türleri azaltıldı. Zamanla ölüm cezasına de facto uygulanmayarak/de jure kaldırılarak son verildi. Uzun kat'ı cezası da aynı gelişimi takip etti. Ortaya çıkan boşluğu daha insancıl yaptırımlar doldurdu. Şu anda hürriyeti bağlayıcı cezanın çeşitli biçimleri ile alternatif yaptırımlar, özellikle para cezası artan ölçüde yer almaya başladı. Bunlar da, sonuçta devrini bitirip silinen diğer cezaların doğal ve zaruri ikameleri olarak görülmelidir.

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

(2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

Hapis ve ertelemeyi içeren bu yaptırım türü zararın tamamen giderilmesine yönelik mağdur eksensiz çok önemli bir yeniliktir. Yalnız bunu salt zararın giderilmesi amacına inhisar etmek yerine gerektiğinde özel önleme amaçlı olarak kullanılmasına elverecek şekilde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

(3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz.

(4) Denetim süresi içinde,

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir

eğitim kurumuna devam etmesine mahkemece karar verilebilir.

(5) Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakimine verir.

(6) Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.

(7) Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektilmesine karar verilir.

Bu fıkra hâkime geniş bir takdir verilmektedir. Neye göre kısmen ve neye göre tamamen çektilmesine karar verileceği konusunda referanslara yer verilmediği ve salt uzmanın (periyodik) raporlarına dayalı olacağı için uzmanın niteliği önem kazanmaktadır. Öte yandan, "Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir" normu bu kurumun(probation) uzun süre uygulanmayacağı işaretini vermektedir.

(8) Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

Bu fıkra söz konusu edilen "iyi hal" kararı hangi ölçütlere göre saptanacaktır? Denetim uzmanının yargısı mı esas alınacaktır? sorularının yanıtı belirlenmelidir.

Yukarıda fıkralara ilişkin olarak yapılan kısa açıklamalar sonrası kurumunun esasına bakıldığında; denetimli erteleme (probation) koşullu olması suçluların serbesti içerisinde topluma yeniden intibakı için isabetli bir kurum olarak belirlenmiştir⁽²⁰⁾. Bu kurum ceza mahkemelerinde görülen bir hizmet olup, hükümlülüğü saptanan kişi hakkında psiko-sosyal bir anket yapılmasını ve yararlandırılacak hükümlünün toplumda denetimi ile tabi olacağı hürriyetin koşullarını içermektedir. Suçlu hakkında yapılan anket, suçlunun öz geçmişi ile karakteri hakkında bilgi toplamayı amaç edinmekte; uzmanın rapor sonucunda vardığı teşhis yargısı hakimine hükmedeceği yaptırımın seçiminde yararlı olacağı gibi hapis cezasına mahkumiyet halinde kurumsal tutum için yararlı bir referans olabilir. Sistemdeki sanık/hükümlü sayısı göz önüne alınarak probation'un etkili bir uygulamaya kavuşabilmesi için aşağıdaki öğelerin gerçekleşmesi gereklidir:

1. Rasyonel bir hukuki çerçeve,
2. Ceza yaptırımının ankete dayalı olarak hükmonulması,
3. Hükümlülerin denetimi konusunda rasyonel ilkeler,
4. Nitelikli bir örgütlenme.

Bu öğeler doğrultusunda probation hizmetlerinin ekonomik kazanımları yanında yüksek bir işletim bedeli olacağı unutulmamalıdır. Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu ile ön görülmesine karşın şimdiye dek gerçekleştir-

ilmemesi karşısında bu konuda iyimser olmadığımı belirtmek isterim.

Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar

Hürriyeti bağlayıcı cezaya en son çare olarak başvurulması gereği kısa süreli cezalara seçenek yaptırımlar 1960'lı yıllarda ceza sistemimize sokulmuş; çok kısa olanlar içinde (otuz gün ve daha az süreli hapis cezası için) Kanunda seçenek uygulaması kesin buyuru haline getirilmiştir. Başlangıçta altı aya kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezalar kısa süreli olarak kabul edilirken, bu süre bir yıla çıkarılmış olup; Kanunda bir yıllık süre korunurken fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası içinde seçenek uygulaması kesin buyuru şeklinde düzenlenmiştir. Bu gelişme ultima-ratio ilkesinin güzel bir uygulaması olarak belirlenmektedir. Kanunda yer alan seçenek tedbirler yukarıda anılan cezaların infazı hakkındaki 647 sayılı Kanunla ceza sistemimizde vücut bulmasına karşın uygulamasına fazlaca tanık olunmadığı gözlenmiştir.

Kanundaki düzenleme şöyledir:

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar

MADDE 50- (1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre,

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki

(20) M.T. Yücel. *Kriminoloji -Suç ve Ceza*, Ank., 1986 ss.240-249.

hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.

(2) Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

(3) Daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkra yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

(4) Taksirli suçlardan dolayı hükmedilen hapis cezası kısa süreli olmasa dahi; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. An-

cak, bu hüküm, bilinçli taksir hâlinde uygulanmaz.

(5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.

(6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebliğata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlandı da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.

İşte hükmedilecek kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek yaptırım veya tedbir bağlamında göz önüne alınacak parametreler arasında yer alan “suçlunun kişiliği”, “sosyal ve ekonomik durumu”, “yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık” ve “suçun işlenmesindeki özellikler” nedeniyle hakim referans olabilecek psiko-sosyal nitelikli bir uzman raporunun denetimli erteleme kurumunda olduğu sunulması gereği belirmektedir. Aksi takdirde, hâkimler anılan parametreleri biçimsel olarak tekrar etmekle yetinerek takdirlerini kullanma yolunu yeğleyeceklerdir. Kanunda önemli bir yenilik “seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece değiştirilebilmesidir”.

Mevcut pozitif hukuktan bir sapma olarak aşağıdaki istisna da getirilmiş ise

de, bunun oldukça mantıklı bir düzenleme olduğu belirtilebilir.

MADDE 50- (1)

(2) Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

Müebbet Hapis

Ceza sisteminde idam cezası kaldırıldıktan sonra ikame bir yaptırım olarak “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” getirilmiş bulunmaktadır. Kanuna göre,

MADDE 47- (1) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çekilir.

Bu düzenlemenin kamu oyunda bir yanılsama yaratma ötesinde penolojik bir değeri olamayacaktır. Kanunda kendi içinde de çelişki yaratmaktadır. Şöyle ki, bir taraftan üçlü hürriyeti bağlayıcı ceza tek türe indirirken, terk edilen ağır hapis kavramına bu kez bir aldatmaca olarak müebbet hapis kavramına ekleyeceksiniz. Bu yaklaşımın, 1965 yılına kadar devam eden infaz sistemi irdelendiğinde tretman değeri açısından hiçte sağlıklı bir yöntem olmadığı görülecektir. Occam usturası gereği kavramları çoğaltmak yerine tehlikeli suçluların tretman rejimi ile konuya yaklaşmak daha gerçekçi olacaktır.

Kanunda müebbet hapis cezası konmuş olup; düzenleme şöyledir:

MADDE 48- (1) Müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder.

Burada Kant’cı bir ceza anlayışı ile lex taliona ilkesinin egemen olduğuna tanık olunmaktadır. Cezanın yaşam boyu devam edeceği belirtilmekte ise de,

ülkemizi de içeren Batı dünyasında de facto yaşam boyu devam eden bu tür bir cezaya tanık olunmadığı da belirtilmelidir. Bu düzenleme de bir değer hükmü olup, geçerlikten yoksun kalacaktır.

Tehlike Hali-Suç İşleme İhtimali

Toplumda işlenen suçların büyük bir yüzdesinin sabıkalı hükümlüler tarafından işlenmesi göz önüne alınarak mükerreklik olgusunun önemi yadsınamaz. Bu konuya ait Kanundaki düzenleme şöyledir:

Madde 58(1) Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.

(2) Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı,

a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

c) Beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl, geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.

Yukarıdaki a ve b bentlerinde beş yıl/ üç yıl ayrımındaki kriminolojik gerekçesinin ne olduğu anlaşılamamıştır. Bu sürenin her hükümlü için üç yıl ön görülmesi isabetli olacaktır. Üç yıl suç işlemeyen varlığını sürdürmesi sabıkalı hükümlü için yeterli görülmelidir.

(3) Tekerrür halinde, sonraki suçla ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükümlü olur.

Birinci fıkra tekerrür hükmünün uygulanması için “cezanın infaz edilmiş olması gerekmez” denilmesine kar-

şın bu fıkra da takdirin kaldırılarak yasama organınca ceza saptanması cezaların bireyselleştirilmesi ilkesine oldukça aykırı gelmektedir.

(4) Kastlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.

Hariç tutulan suçlar arasında sapıklık derecesindeki cinsel suçlara yer verilmemesi isabetli olmamıştır.

(6) Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çekilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.

Yeni bir yaptırım türü kavramına tanık olduğumuz bu fıkra da sözü edilen denetimli serbestlik tedbiri (parole) şartlı salıverilme sırasında mı? Yoksa bihakkın tahliye sonrası mı söz konusu olacaktır? Birinci soruya olumlu yanıt verildiğinde bu tedbire infaz hakimliğince karar verilmesinin yerinde olacağı; yok eğer ikinci soru bağlamında bir tedbir ise bunun hükümle birlikte olması için kanunilik ilkesi uyanınca düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim aşağıdaki fıkra hükmünde ikinci yolun seçildiği görülmektedir.

(7) Mahkumiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir.

9) Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçlu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu

suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.

Hiç kuşkusuz, bu gruptakiler tehlikelilik açısından önem arz ettikleri için öncelikle bunlar hakkında "denetimli serbest tedbiri" ne başvurulmasının kesin buyuru olarak düzenlenmesinde isabet olduğu düşünülmekle beraber işlenmekte olan suçun ciddiyeti ve suçlunun kişilik profili göz önüne alınmaksızın bu sıfattaki her hükümlünün bu rejime tabi tutulmasının kriminolojik geçerliliği olmadığı gibi Kanunda ön görülmesi gerekli uzman raporu ihtiyacı ile tutarsızlık içerisindedir. Nitekim, Kanada ceza sistemine göre "tehlikeli suçlu" şöyle düzenlenmiştir:

Kişilere karşı zarar verici şiddet eylemlerinde bulunanlardan

• Müessir fiil veya öldürücü davranış biçimini itiyat edinenler,

• Cinsel dürtülerini kontrol edemeyenlerin zarar verme olasılığı,

• İşlediği suç o derece "vahşice" ki, gelecekte davranışını kontrol etmesinin olasılık dışı olması.

Öte yandan, tehlikeli suçlular bakımından, tahliye sonrası denetimli serbesti rejiminin hükümle beraber saptanması ön görülmesine karşın bu konuda azami bir süreye Kanunda yer verilmesi kanunilik ilkesine aykırı bulunmaktadır. Bu düzenlemeler toplumun korunması amacıyla tasarlanmış gözüküyorsa da, biçimsellik ötesinde bir yarara hizmet etmesi konusunda ciddi kuşkularım olduğunu belirtmek isterim.

Tehlike hali-suç işleme ihtimaline anlamlı bir boyut kazandırmak amacıyla konunun ayrıntılı olarak irdelenmesinde yarar görülmüştür. Psikiyatri uzmanları ve kriminologlarca, geniş kapsamlı araştırmalara dayalı olarak kabul edilen husus, faillerin yeniden suç işle-

mesini tahmin edebilmenin yüksek derecede kesinlikten yoksun olduğudur. Dünya Sağlık Teşkilatı(WHO) koordinatörlüğünde gerçekleştirilen bir projede altı ülkeye ait verilere dayalı olarak varılan sonuçta, "tehlikelilik haline ilişkin tahminlerde bulunacak uzman kişiler arasındaki görüş birliği derecesinin düşük olduğu; psikiyatri uzmanları arasındaki bu uyum derecesinin ise psikiyatri uzmanı olmayan kişiler arasında-kilere göre yüksek bulunmadığıdır. Nitekim, haklarında tahmin işlemi yapılan kişilerin dörtte üçü bakımından % 50 sinden daha az bir miktarda mutabakat sağlanabilmiştir. Bu durumda sağlıklı bir tahmin yapabilmek yüzdesi hiçte yüksek değildir.

Bu bağlamda, yeniden suç işleme ihtimalinin varlığını belirlemede en iyi gösterge failin önceki mahkumiyetleri sayısı olacaktır. Halen birkaç sabıkası olan bir kişinin ilerideki suçluluğunu tahmin etmek fazlaca zor olmayacaktır. Bu varsayım özellikle mala karşı suç işlemiş olanlar için geçerlidir. Şiddet ve cinsel suç işlemiş failer bakımından ise, psikiyatri uzmanı, önceden çok az veya hiç suç işlememiş kişiler hakkında tahminde bulunmak durumunda kalacaktır. Deneyimler, bu türden tahminlerin doğruluk yüzdesinin 25-30 dan fazla olmadığını göstermektedir. Aynı paralelde, psikiyatr, sosyolog, psikolog ve istatistik uzmanının birlikte yaptığı tahminde de tehlikeliliği tahmin edilen üç kişiden yalnızca birinin gerçekte şiddet suçu işlemeye devam ettiği görülmüştür.

(21) Bk. Council of Europe. Custody and Treatment of Dangerous Offenders, Strasbourg, 1983; H.Hansen. "Treatment of Dangerous Sexual Offenders" Seminar on Prison Health Services Goals, Standards and Ethics (24-27 September 1991) Helsinki, 1991 pp. 33-38; M.T.Yücel. Kriminoloji, İst.,(Umut Vakfı Yayını) 2004.

(22) Temel cezanın tayini sürecinde göz önüne alınacak faktörler açısından kısmen Tasarının 62. maddesinde "tehlikenin ağırlığına" yer verilmiştir !!!! (Tehlikeli suçlu kavramı -Cezaevinde tehlikelilik hali için bk. Avrupa Konseyi. Tehlikeli Suçluların Tedavisi-Council of Europe. Treatment of Dangerous Offenders)

Varılan nokta odur ki, mevcut tahmin yöntemleriyle, bir tehlikeli suçlu uğruna en azından iki veya üç tehlikeli olmayan suçlunun da özel bir kurumda "akıl hastanesinde", muhafaza ve tedavi altında bulundurulması gerekecektir. Bu şekilde de, toplum, gerçekte az sayıda olan "tehlikeli olmayan" kişilerin akıl hastanesinde muhafaza edilmesine rıza göstermek durumunda kalacaktır⁽²¹⁾.

Türk Ceza Kanunu çerçevesinde konu irdelendiğinde ise, kanunda tehlikelilik haline yer verilmemesine karşın, Ceza Kanunu Ön tasarısı 59 uncu maddesinde- İtalyan Ceza Kanunundan esinlenerek- "tehlike hali" kavramına yer verildiği görülmüştür. Ancak, Ön tasarıda tehlike halinin tanımına yer verilmemiş, yalnızca, özel tehlike hallerine (mükerrir, itiyadi suçlu, mesleki suçlu, örgütlenmiş suçlu) değinilmiş; Yeni TCK da (2004) bu düzenlemeyi korumuştur. Bu eksikliği bir ölçüde gidermek üzere, İtalyan Ceza Hukukunun bel kemiğini oluşturan 133. maddesinin de alınması yerinde olacak idi. Bu maddede hâkime, yalnız cezanın ve güvenlik tedbirinin tatbikinde değil, cezayı artıran veya azaltan sebepler ile suç vasfının takdirinde ve suçluya kanunun tanıdığı yararlardan istifade ettirmek hususlarında takdir yetkisini kullanırken aşağıda yer alan iki unsurun göz önünde bulundurmaya emretmektedir⁽²²⁾.

1) Fiilin mahiyetinden, fiilde kullanılan vasıtalarından, fiilin işleniş biçiminden, zaman ve mahallinden anlaşılan suçun vahameti;

2) Suçun saiklerinden, suçlunun adli ve cezai geçmişinden ve genellikle suç işlemeye öncesi, suç işlediği andaki veya ondan sonraki hareket biçiminden, kişisel, aile veya sosyal yaşamındaki durumundan çıkarılan veya anlaşılabilir cürüm işleme kabiliyet ve istidadı.

Salıverilecek Hükümlülerin Risk Değerlendirilmesi

Risk değerlendirilmesi odağında yatan soru, salıverilecek hükümlünün tehlikeli bir davranış gösterip göstermeyeceğidir. "Tehlike/tehlikeli" terimini kişinin zarar görme riskinde olduğunu göstermek için kullanırken, "tehlikelilik" terimini, karşıt olarak, bazı eylem, durum veya kişileri tasvir için kullanılmakta ve halk zarar görme riskiyle karşı karşıya gelmektedir.

Hükümlülere özgü risk değerlendirilmesinde, cezaevinden salıverilme (şartlı/bihakkın) sonrası kişinin topluma uyumunu riske atabilecek içsel/dışsal faktörlerin belirlenmesi (örneğin iş olanakları, maddi/manevi destek sistemleri, yeni suç işlemeye eğilimi, tehlikelilik v.s.) gerekmektedir. Bu bağlamda "tehlikelilik" faktörlerden yalnızca biri olarak belirlenmektedir.

Risk değerlendirilmesinde, bazı potansiyel risk faktörleri ile tehlikelilik arasında ilişkisel illüzyona da tanık olunmaktadır. Bunun en belirgin örneği de, akıl hastası kişilerin, şiddet ve tehlikeli olmalarının akıl hastası olmayanlara göre fazla olduğuna çoğu insanların inanmalarıdır. Ne var ki, kuvvetli bir ilişkiye işaret eden çok az kanıt vardır.

Davranışları tahmin etmek her zaman aynı derece de kolay olmamaktadır. Eğer davranış toplumda sıkça var olan bir davranış türü ise, örneğin çay

içme, o davranışa özgü tahmin yapılması çok kolay olurken; bir şahsın çay içip içmediğini tahmin etmeniz istenildiğinde verilecek yanıtın "evet" olmasının doğruluk derecesi oldukça yüksek olurken, sıkça görülmeyen davranış türlerinde tahmin olasılığı düşük olmaktadır. Nitekim adam öldürme oranı Türkiye'de yaklaşık 100.000'de iki ise, kimin katil ve kimin maktul olacağını tahmin etmek oldukça zor ve belki de imkansız görülmektedir.

Tehlikeli davranış gösterisini tahmine özgü değişkenler/tahmin cetvelleri arasında Webster tarafından geliştirilen TKR-20⁽²³⁾ projesi güvenilir bir nitelik sergilemektedir. Tarihsel, klinik ve risk değişkenleri tehlikelilik ve risk değerlendirilmesinde yararlı görülmektedir. Tarihsel değişkenler hükümlünün öz geçmişindeki sabit veya statik olanlarıdır. Klinik değişkenler kişinin içinde bulunduğu mevcut faktörlere ilişkin beden ve ruh sağlığı uzmanlarının değerlendirmeleri; risk değişkenleri ise, uzmanların salıverilecek hükümlülerin farklı ortamlarda riskin üstesinden nasıl gelebileceklerini tahmin etmelerine yardımcı olanlardır.

İşte bu üç gruptaki değişkenler şöyledir:

Levre: Tarihsel/Statik değişkenler

(1) Önceki şiddet olgusu

Gelecekteki şiddet eyleminin en iyi belirleyicilerinden biri geçmişteki şiddet içeren davranışlardır. Bir kişinin gelecekte şiddet içeren bir davranışta bulunma olasılığı bu türden geçmişteki her olgu oranında artış göstermektedir. Bu nedenle, kişinin geçmişte şiddet eylemlerine ait kanıt güçlü olduğunda

tehlikeli davranışta bulunma olasılığı da fazla olacaktır.

(2) Yaş

Birincisi, yaşla gelecekteki şiddet gösterimi arasında ters bir ilişki vardır. Suçlu yaşça genç olduğunda suçlunun gelecekte şiddete başvurma olasılığı da fazladır. İkincisi ise, ilk şiddet olgusunda kişi ne kadar genç ise, şiddet suçlusu olma veya olmaya devam etmesi olasılığı da o derece fazladır. Şiddet olgusunun gelecekteki şiddet gösterimi için dayanak olmasındaki güçlük çok suçlunun genç olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, dikkatler özellikle şiddet eylemin biçimine odaklanmalıdır. Genelde, sıkça işlenen oldukça yoğun ölçekli şiddet eylemleri serisi ara sıra işlenen şiddet olgularına göre fazlaca tahmine esas olmaktadır.

(3) Dengeli bir yaşam stili

İstikrarlı bir iş hayatı, aile bağları ve sosyal desteğe sahip hükümlüler şartla salıverme süresince düşük bir risk oluşturmaktadır. Yalnız yaşam stiliindeki dengenin şiddet eylemleri açısından düşük bir risk oluşturmaması açısından doğrudan ilişkisi pek açık değildir.

(4) Alkol veya uyuşturucu madde/ilaç suiistimali

Madde suiistimali ile şiddet eylemleri arasında genel bir ilişki vardır. Gelecekteki şiddet veya tehlikeli davranış tahmin bakımından kişinin geçmişteki şiddet eylemlerinin ne ölçüde uyuşturucu maddeye ilişkili olduğu özellikle önemli görülmektedir. Şiddetin kendisini kontrol etmenin ne kadar zor olduğu göz önüne alındığında suçluların hem şiddet eğilimleri ve hem de madde suiistimali sorunlarının üstesinden ge-

lebilmesinin ne derece zor olduğunu düşünmek hiçte abartı olmayacaktır.

(5) Akıl hastalığı

Genelde kişilik bozuklukları ve özelde psikopatlık şiddet riskine ilişkili görülmekte iken, diğer akıl hastalıkları örneğin şizofreni gerçekte şiddetle ters ilişki içinde olabilir. Genelde çoğu akıl hastası kişilerin şiddet eylemleri için bir risk oluşturmadığı; veya en kötüsünden, aralarında ilişkinin çok zayıf bir ilişki olduğu söylenebilir. Bu nedenle, akıl hastalığı geçmişte olan bir kişinin ileride tecavüzkar olup olmayacağını tahmin etmek üzere geçmişte işlediği şiddet eylemi ile akıl hastalığı arasında bir ilişkisi olup olmadığına bakılmalıdır.

(6) Psikopatlık

Geçmişinde şiddet yoğunlaşmasına tanık olunan psikopat kişilerin mükerrir şiddet suçlusu olma riski oldukça fazladır.

(7) Okuldaki uyumsuzluklar

Kişinin ilk/orta öğretimdeki (a) Akademik yeteneksizliği ve okul başarısızlığı (b) Sınıftaki davranışı ve okuldaki genel uyumsuzluğu şiddet eylemleri için artan derece de bir risk oluşturabilmektedir. Bu iki faktörü özellikle okul döneminde tam olarak değerlendirmek zor görülmekte ise de, ilerideki şiddet eylemleri için güçlü bir ilişkiye işaret ettikleri göz ardı edilmemelidir.

(8) Kişilik bozuklukları

Kişilik bozuklukları şiddet açısından artan derecede bir risk işaret etmektedir. Bu durum özellikle anti-sosyal kişilik bozukluğu (psikopatlık) ve sınırdaki kişilik bozuklukları için geçerlidir.

(23) C.D. Webster & D. Eaves. The HCR-20: A Scheme for the Assessment of Dangerousness and Risk. 1993.

(9) Suçlunun önceki salıverilme sonrası başarısızlığı

Cezaevinden daha önce şartla salıverilen hükümlünün başarısızlığı- özellikle sergilediği şiddet eylemleri- bu kez de yeni bir suçtan cezaevinde bulunan hükümlünün salıverilmesi sonrası başarısız olacağını gösteren güvenilir bir faktördür.

(10) Ebeveyninden ayrılık

Dengeli bir yaşam ve okuldaki uyuma ilişkili olarak, 15 yaş öncesi ebeveyninden ayrılmış bulunan suçlular genelde şiddet eylemleri için artan bir risk oluşturmaktadırlar. Bu durum yalnızca ölüm dışı nedenlerle ebeveyninden soyutlanmış kişiler için geçerli görülmektedir.

II. evre: Klinik/mevcut değişkenler**(11) İç görü**

Bu faktör kişinin kendi akıl hastalığına ait iç görüşüdür. Bu faktör daha genel bir anlatımla, suçlunun işlediği suçtan sorumluğu kabul etmesine ve ne ölçüde suçlu davranışının ciddiyetini takdir etmesine ilişkin bulunmaktadır. Bu nedenle, işlediği bir suçtan dolayı suçu toplumda/ceza adaleti sisteminde/ davranışın diğer dış nedenlerinde arama yaklaşımı önemlidir.

(12) Düşünceler

Suçlunun taşımakta olduğu düşüncelerin toplumsal veya toplum karşıtı olup olmadığı belirlenmelidir. Suçlunun ne ölçüde düşmanca, impulsif, tutarsız, sorumsuz, saldırgan v.s. olduğuna dikkat edilmelidir. Burada sözü edilen "şiddet eylemine özgü risk" olduğundan suçlunun önceki şiddet eylemi hakkındaki düşüncelerini saptamak önemlidir. Suçlu kişi üzüntü ve neda-

met duymakta mıdır? Veya eylemlerini küçümsemekte, şiddet ve niteliğini yadsımakta mıdır?

(13) Semptomlar

İstisnai bir görüntü sergileyen şiddet veya saldırgan davranışlara ait semptomlara değinilmektedir: Suçlu özellikle dehşet verici bir davranış sergiledi mi? Suçlunun beslediği şiddete yönelik fantezileri var mı? Suçlunun sergilediği şiddetin herhangi bir şekilde bazı algısal veya muhakeme yetersizliğine ilişkisi var mıdır?

(14) Duygusal denge

Duygusal dengesizlik, şiddet olgusu için klinik risk faktörü olarak görülmektedir. Bu nedenle, suçlunun ne ölçüde duygusal denge sergilediği veya güven içinde olduğunu değerlendirmek önemlidir. Ek olarak, suçlunun geçmişindeki şiddet eylemine ilişkin risk faktörlerinin önemini göz önüne alarak, kişinin duygusal dengesizliğinin önceki şiddet gösterisine ilişkin olup olmadığı ciddi bir şekilde değerlendirilmelidir.

(15) Rehabilitasyona yakınlık

Bu faktör suçlu kişinin geçmişte ve şimdiki rehabilitasyon girişimlerine ne derece yanıt verdiğiyle ilişkin bulunmaktadır. Bu bağlamda, hükümlünün risk faktörlerinden (örneğin uyuşturucu madde/ilaç suiistimali, beslediği düşünceler) kaynaklanan sorunları halletmek için cezaevlerinde yürütülen programları kullanma yeteneği dikkatlice değerlendirilmelidir.

III. evre: Risk/gelecekteki değişkenler**(16) Geçerli plan/programlar**

Geçmişte şiddet eylemi sergilemiş bir suçlunun yaşamında hiçbir şeyin de-

ğişmemiş olması halinde gelecekte benzer eylemleri sergilememesi için hiçbir neden yoktur. Salıverilen hükümlülerin özel gereksinmelerine (madde suiistimali, duygusal dengesizlik v.s.) uyumlu programlarla risk faktörleri azaltılırken, maddi/manevi destek sistemleri artırılmalıdır. Aksi takdirde mükerrir suçluluk kaçınılmaz olmaktadır. Nitekim, 4616 sayılı af kanunu ile salıverilen çoğu şiddet suçlusu yeniden şiddet suçları işlemişlerdir.

(17) Temas imkanı

Yukarıda ki 16. faktördeki bilgiyi takiben, salıverilen suçlunun şiddete yönelme riski kendisini riske sokacak veya uyuşturucu maddeyi sağlayacak kişilerle teması ölçüsünde artacaktır. Suçlunun olası mağdurlar, silahlar, birlikte suç işleyeceği kişilerle teması olabilecek mi? Suçlunun yeniden uyuşturucu madde/ilaç suiistimal etme riski var mı? Suçlunun suiistimali kontrol konusundaki düşünce ve planları var mı?

(18) Destek

Suçluların şiddete yönelme riskini azaltmasında yardımcı olacak bir destek sisteminin varlığı oldukça önemlidir. Destek sistemi bir eş, aile ve dürüst arkadaşları kapsamakta ise de, yalnız onlarla da sınırlı olmayıp; gerektiğinde profesyonel destek sağlanabilmelidir.

(19) Uyumlu olabilmek

Suçlu kendisine sunulan programlara, verilen destek veya yardıma ilgisiz kaldığında dünyadaki tüm plan ve destek sistemleri kendisi için yetersizlik

ifade edecektir. Cezaların infazı sırasında hükümlülerin davranışlarını değiştirmeye istekli olması ve programlardan yararlanması gerekmektedir. Programların gerçekçi olmaması veya hükümlünün isteksiz olması halinde risk faktörlerinin devreye gireceğine kuşku duyulmamalıdır.

(20) Stres

Stres faktörü saldırgan kişide var olan şiddet eylemi riskini artırmaktadır. Bazı stres faktörlerini (örneğin iş, ihtiyaç duyulan hizmetlerin varlığı) tahmin etmek nispeten kolay ise de, diğerlerini (örneğin destek sağlayan bir kişinin ölümü) tahmin etmek zor veya imkansız görülmektedir. Yalnız, stres ve şiddet arasındaki ilişki kadar suçlunun yaşamındaki olası stres faktörlerine ait incelemeler suçlunun cezaevinden salıverilme sonrası şiddet riski oluşturmamasını belirlemede yardımcı olabilecektir.

İşte TKR-20 değişkenler serisi ile edinilen bilgi psiko-metrik bir ölçümleme vasıtası olmak yerine tehlike ve şiddete ilişkin güvenilir nitelikte bir tahmine rehberlik yapmaktadır. Bu nedenle, bu tahmin işleminde yapılan toplam bir puanlama saptamak yerine belli bir hükümlüye özgü değişkenlerin ne ölçüde yoğunluk sergilediğini belirlemektir. Bu süreçte, tüm değişkenlerin her suçlu için aynı derece de önemli olmadığı bilinmelidir: Okuldaki uyumsuzluk veya ebeveyninden ayrılmışlık bazı suçlularda özellikle yararlı bilgi sağlarken, diğerlerinde bu bilgi suçlunun geneldeki duygusal ve davranış sorunlarını anlamaya da yararlı olabilir.

TKR-20 Değişkenler Tablosu

Tarihsel Değişkenler	Klinik Değişkenler	Risk Değişkenleri
T1 -Önceki Şiddet	K1- İç götü	R1-Geçerlilik
T2-İlk suç yaşı		
T3-İlişkideki denge	K2-Düşünceler	R2-Temas
T4-İşteki denge		
T5-Alkol veya uyuşturucu	K3- Semptomlar	R3-Destek
T6-Akıl hastalığı		
T7-Psikopatlık	K4-Dengeli	R4-Uyum
T8-Erken uyumsuzluk		
T9-Kişilik bozukluğu		
T10-Önceki tahliye başarısızlık	K5-Tretman yatkınlığı	R5-Stres
Geçmiş	Şimdi	Gelecek
LEVRE	II.EVRE	III.EVRE

Sonuç

Suçlarda artış veya hukukta/yargılama tıkanma olduğunda elimizde tek çare şu müthiş sözdür : “daha fazlası”dır⁽²⁴⁾. Nitekim, bazı suç türlerinde artış görüldüğünde cezaları ağırlştırıyoruz; davalar arttığında mahkeme/hâkim sayısını artırıyoruz; cezaevleri nüfusu arttığında yeni cezaevleri inşa ediyoruz; tıpkı yollarımız kalabalıklaştığında, daha fazla yol /alt geçit inşa edilmesi; kentlerimizde güvenlik sorun haline geldiğinde, daha fazla sayıda kolluk gücü için çağrı yapılması gibi.

Ne var ki, “daha fazlası” şimdiye dek sorunu çözmedi. Asıl sorun mahkeme değil, adalettir ve bu adaletin de yalnızca Adalet Bakanlığında olmadığı bilinmelidir. Yine güvenlikte sorun kolluk görevli sayısı değil, güvenlidir.

Ceza adaleti sistem analizinin belgediği beraat, düşme(aşınma) ve adli yanılma oranlarındaki çarpıcı oranlar⁽²⁵⁾ kalite açısından patolojik bir görüntü sergilemektedir. Bu istatistik görüntünün yıllarca süregelmesine karşın Adalet Bakanlığı ve Yüksek Yargıda gerekli irade tezahürüne tanık olunamadı. Öte yandan Beş Yıllık Kalkınma Plan

Stratejileri ve yıllık kalkınma programlarında şimdiye dek beraat/düşme/adli yanılma için bir oran hedeflendiğine tanık olamadım. Halkta bilinç yaratılmadığı için demokratik sistem de gerekli değişimi sağlayamadı. İşin trajik yanı ceza işlerinde Yargıtay Ceza Dairlerince verilen bozma kararlarındaki oranı % 40 gözükmekte ise de, Yargıtay Başsavcısı Nuri Ok bu oranın gerçekte % 70 civarında olduğunu belirtmektedir⁽²⁶⁾.

Ceza adaleti sisteminde “her şey sanki suçluları korumaya yöneliktir”. Sistemde mağdurlar açısından büyük bir haksızlık ve dengesizliğe tanık olunmaktadır. Bu durum isimlendirme açısından Batı dünyasında daha da belirgin olmaktadır: Ceza adaleti “criminal justice” (yoksa victim justice değil) olarak adlandırılmaktadır. Mevcut adli süreç “mağdur”u daha da mağdurlaştırılmaktadır; nerede ise mağdur suçlu konumuna getirilmektedir. Hüküm giyen suçlu eğitilmekte, çalıştırılmakta /psikiyatrik tedaviye tabi tutulabilmektedir; kendilerine “af” sağlamak üzere kader kurani etiketi yapıştırılmakta; aflarla salıverilenler özellikle cinsel sapıklar yeni kurbanlara doğru yelken açmaktadırlar. Kanunda psiko-sosyal anketlerle suçluların öz geçmişlerinin profili çıkarılırken, mağdurlara ne olduğu konusunda hiç bir araştırma yapılmıyor. Cinayete kurban gidenler, sanki “temizlendiler”. Onlar mağdur potansiyelli kişilerdi; cinayet olmasa başka bir nedenle X olacaktı belki de yolda yürürken kafalarına bir saksı düşerek veya geceleyin evlerine giren bir kamyonla can vereceklerdi. Öte yandan, zamanaşımı ile takibattan kurtulan suçlulara karşın mağdurlar yaşam boyu geçirdik-

leri travmanın etkisine mahkum oluyorlar. İşte sistem çeşitli açılardan fire vermektedir. İnsan hakları bildirgelerinde sanıkların korunmasına yönelik hükümler pozitif hukuka yansımış iken, mağdurların korunmasına yönelik düzenleme daha yasalasmamıştır. İlke defa suç işlediklerinde korunan suçlular salıverilme sonrası yeniden suç işlediklerinde (belli bir süre geçtikten sonra) sistem yine koruyuculuğunu sürdürmekte; zaman zaman cezai sorumluluk açısından akıl hastalığı devreye girerek (insanity defense) farazi açıklamalarla sanığın cezai sorumluluğu olmadığı de hükme bağlanabilmektedir. Kuşkusuz, bu düzenleme de sorgulanarak, gerçekte sanığın suçu işleyip işlemediği/suçlu olup olmadığı saptanmalı; bu saptama sonrası yaptırım ve tretman türü (akıl hastanesi mi, cezaevi mi, yoksa her ikisinin mi olacağı) belirlenebilmelidir.

Sorun good ve evil’in /iyi ve kötü’nün ayırt edilmesi ve halkın bilgilendirilmesi, çelişkili durumların giderilmesidir. Yoksa ceza kanununa farklı anlamlar ve tonlar yükleyerek ceza adaleti sürecini iyice muğlak hale getirmek amaç olmamalıdır. Yalnız normatif çelişkiler yanında sosyal psikoloji açısından beliren çelişkilerde sosyal güdülenmelerde şizofreniye neden olmaktadır. Yukarıda sergilenen teze başka açıdan bakıldığında, toplum bir yandan, “Ne bu rezalet canım, burası nasıl bir ülke, güvenliği kalmadı, nereye baksanız bir sorun, bir olay/bir cinayet” diyor; öte yandan, cinayet işleyenler omuzlara alınarak, destek veriliyor; olası affa moral destek vermek üzere onları kader kurbanı olarak isimlendiriyorlar. Veya kişiler kendilerini güvenli/sonuç alabilecek şekilde güçlü hisset-

(24) Araştırma kanıtları, belli minimum seviyenin üstündeki ekstra kolluk gücü veya fazlaca ağır cezaların (potansiyel) suçluları önleme veya inkapasite etmedeki olası (ilave) etkisinin sınırlı ölçüde olacağını göstermektedir. Bk.C.C. Thomas and D.Edelman, "Evaluation of Conservative Crime Control Theology" Notre Dame Law Review Vol 63,no.2 (1988) pp.123-160.

(25) "...Savcılar otomatik dava açma makinesi olmaktan çıkarılmalıdır." TÜSİAD. Yargılama Düzeninde Kalite, İst.,1998 s.80; M.T.Yücel. Hukuk Sosyolojisi-Hukuk ve Gerçekler Ank., 2004; Avrupa ve Dünyadaki aşınma görüntüsü için bk. Heuni.Crime and Criminal Justice Systems in Europe and North America 1990-1994, Helsinki, 1998 pp. 95-100. M.T. Yücel. Kriminoloji İst.,(Umut Vakfı Yayını) 2004. Adalet istatistiklerinin belgediği olgusal gerçeği Aristotles, Retorik’te şöyle dile getirmektedir: “İnsanlar, bir şeyin yapılabileceğini ve kendileri tarafından yapılabileceğini kendileri varsayıyor olmalıdırlar: ya yakalanmadan yapabileceklerini, ya da yakalanırlarsa cezadan kaçabileceklerini, cezalandırılabilir bile, zararın kazançlarından veya önem verdikleri şeylerden daha küçük olduğunu varsayıyor olmalıdırlar.” (Yaptı Kredi Yayını) İst.,1995, s.78.

(26) 3.03.2004 tarihinde kendisi ile yapılan özel söyleşi.

mediklerinden tepki gösteremiyor/itiraz etmiyor; kaderine razı oluyorlar. Kader kurbanı derken tüm toplumun kader kurbanı olma riski göz ardı ediliyor.

Gerçekte ceza kanununa teoriler açısından yeni bir felsefeyle yaklaşılmalı isteniyorsa, mağdur eksenine dayalı olarak yaklaşılmalı⁽²⁷⁾; mağdurun daha fazla mağduriyetini önlemek için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Hiç kuşkusuz, Kanunun bu doğrultudaki düzenlemeleri oldukça olumlu görülmektedir.

Sonuç çıkarım olarak, toplumsal düzen ve kişilerde güven duygusu yaratmak bakımından temel sorunların üzerine eğilmek yerine işin en kolay yanı-

olan ve fakat içerdiği yeni kurumlarla yüksek bedelli yeni bir ceza kanunu yaratmak iddiası ile ortaya konulan bu Kanunla toplumsal güvenliğin eskisinden daha iyi sağlanacağı iddiası sanal bir iddia olmaktan⁽²⁸⁾; oluşturulan yeni kurumların uygulanabilirliği “sosyal bakımdan hazır bulunuşluk” olmadığından de jure olmaktan öteye geçemeyeceklerdir. Yeni T.C.K ile 78 yıldır yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK. nundaki tüm suç normları değişmiş olduğundan lehte hükümlerin tatbiki doğrultusunda dolaylı bir af uygulaması ötesinde “adli kırtasiyecilikte” görülmemiş ölçüde yoğunlaşmaya tanık olunacaktır.

(27) Mağdura göre cezaların ağırlaştırılması: Niçin bir trilyonlerden yapılan bir milyarlık hırsızlıkla fakir bir insandan yapılan bir milyarlık hırsızlıkta suçlular aynı cezaya çarptırılmaktadır? Türkiye için geçerli olan bu durum ABD’de farklılık sergilemekte; ABD. Federal Yaptırım Rehber Kuralları uyarınca zayıf mağdura karşı işlenen suçta ceza ağırlaştırılmaktadır.

(28) “Bizler Almanya’da ceza hukuku ve uygulamasından memnun muyuz? Ülkelerimiz arasındaki çoğu kültürel ve sosyal farklılıkları göz ardı ederek, yaptırımlar sistemimizi diğer ülkelere önerebilir miyiz? Ceza hukukunun başarılı/başarısız olup olmadığını söyleyemediğimden, bu sorunun yanıtı pek açık olamaz. Bu bağlamda “başarı” ne anlama gelmektedir? Suç oranında bir azalma mı? Almanya’da suçlarda bir azalma değil; aksine devamlı artışa tanık olunmaktadır. Bu durumda “başarısızlıktan” söz edebilir miyiz? Bu takdirde, suç oranı ile ceza hukuku arasında doğrudan bir ilişkinin varlığı söz konusu olmaktadır. Böyle bir ilişkinin var olabileceğini düşünmüyorum. Suç işlemenin pek çok nedeni bulunmaktadır. Oldukça sert bir ceza hukuku olduğunda suç oranında düşme olacağı söylenemeyeceği gibi infaz (correction) ve iyileştirmeye (rehabilitation) fazlaca odaklanan bir ceza hukuku ile suç oranında fazlaca düşme olacağı da söylenemez.

Çoğu suçluların ceza hukukundaki yaptırımdan etkilenerek yeni bir suç işlememeleri “başarı” olabilirse de, mükerrirlik konusunda sağlıklı veri temini kolay değildir. Adli Sicil’de yapılan bir araştırmaya göre, 1980 yılında haklarında ceza işi oluşturulan hükümlülerden % 53.2’sinin 1985 yılına kadar yeni bir kaydı daha olduğu; bunlardan % 17.8’inin para cezasına, % 35.4’ünün hapis cezasına mahkum olduğu görülmüştür. Bu sayılar bile, geri kalan % 46.8 oranındaki eski hükümlünün neden mükerrir konumuna girmediğini veya diğerlerinin neden suç işlediğini açıklayamamakta- bunu açıklayan bir metodunda bulunmadığıdır. Bu durumda, “Bildirim bir şey var, o da hiçbir şey bilmediğimdir” şeklinde agnostik bir yaklaşım sergilemeyeceğim. Alman Ceza Hukuku hakkında genel bir görüş olarak, esasta, infaz ve iyileştirmenin önemli bir öge olduğu sistemi benimsediğimizi belirtmek isterim. Ne var ki, hakimlerin sanıkların kişisel zayıflıkları ile sosyal özgeçmişlerini değerlendirmek üzere yeterli zamandan yoksun olmaları ile yeterli sayıda gözetimli erteleme(probation) görevlisinin olmayışı eleştiri konusu yapılmıştır.” Bk. Karl-Heinz Gross. “Correction and Rehabilitation of Offenders in the Penal Law and in the Court Practice of Germany” Resource Material Series No.34 (UNAFET) Fuchu, Tokyo, Japan, Dec. 1988 pp.11-21.