

# Türkiye'de Hukukun Sosyal Teorisi

Mustafa T. Yücel<sup>(\*)</sup>

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 - değerlere vur-gu 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<sup>(1)</sup>. 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<sup>(2)</sup>. Bu orandaki yüksekliğin uzun yıllardır süregelmesi 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

(\*) Yrd. Doç. Dr. LL.M, 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, Savcıların ciddi bir hazırlık işlemi yapmaksızın kamu davası açması tutumu ile beslenmektedir. Nitekim, adalete müfettişlerince 1986 yılı Ankara Cumhuriyet Savcılığı denetiminde, hazırlık soruşturmalarnın 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 Savcılar bu ölçüte ne derece işlerlik kazandırdığı yukarıdaki somut veriler (beraat oranları) ışığında kuşkuyla görülmektedir. Bu ölçüt, Savcılar kamu davası açılması için gereken "yeterli delil" için objektif bir değerlendirme yapma imkanı 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, mahkemede, hukuka uyarlı ikame edilen leh ve aleyhteki delillerin değerlendirilmesi sonucu büyük bir olasılıkla sanığın mahkumiyetine karar verilmeyeceği anlamına gelmektedir.

Mustafa T. Yücel

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<sup>(3)</sup>.

• 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<sup>(4)</sup>.

*Cumhuriyet Savcıları kamu davası açarken yeterli delil olup olmadığına karar verirken, delillerin kullanılıp kullanılmayacağı ile güvenilirliğini de göz önünde bulundurmaldırlar. Bazı davalardaki sözde deliller ilginç 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 kararlık olması veya sabikasının 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 sayılmayacağını 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 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).  
 (5) Bk. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün yazılı emirle bozma talepleri hakkındaki 17/12/2002 tarih ve 3.3.-337/143 sayılı Genelgesi.

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<sup>(5)</sup> sonuçları(1992 yılında Adalet Bakanlığına gelen 2.606 yazılı emrin 1.394'ünde istem yerinde görülünce 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 yanlış payını sergilenirken, Ceza Genel Kurul'undaki % 44.9'lük (son on yedi yıllık süredeki en yüksek) oran da Yargıtay Ceza Dairelerindeki yanlış payına işaret etmektedir. Bu payın saptanmasında Yargıtay

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 belgelediği beraat ve düşme oranlarındaki yükseklik ile adli yanılma oranındaki bu çarpıcı oranlar, ceza adaleti sisteminde kalite açısından patolojik bir görüntüye işaret etmektedir<sup>(6)</sup>.

• 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 justici-*

*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<sup>(7)</sup>.

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 ( Irz ve Namusa Tasaddı ) ve 416 ncı (Zorla Irza Geçme ve Tasaddı) 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 şimdiki 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 eğitilmekte, çalıştırılmakta/psikiyatrik tedaviye tabi tutulmakta;kendilerine “af” sağlamak üzere kader kurbanı etiketi yapılandırılmakta; affarla 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 tretman türü (akıl hastanesi mi, cezaevi mi, yoksa her ikisini 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<sup>(8)</sup>. 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
Ayrırma	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 kurullarla yeni sorunlar yaratmanın mantığını anlamak kolay değildir. Önem verilmesi gereken, geliştirilecek hususlardan biri, kararların, olgu ve kanıtların etraflıca 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<sup>(9)</sup>. 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<sup>(10)</sup> yıllar itibarıyla şöyledir:

Yıl	(1998-2002)	
	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)		(b)	Temyiz %	(c)	b+c/a %
	İlk derece	İstinaf				
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.



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

Bu farklılık yalnızca seçenek ceza ve tedbirlere özgü olmayıp, tüm yaptırım-

lar 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;

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

• Onbirincisi, hükmedilen yaptırımların bir aldatmaca olmasıdır. Hiç infaz edilmeyen, zamanışımına 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

hükümlüleri 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 bihakkan 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<sup>(15)</sup>; 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 hükümün tefhiminde genelde gerekçeye yer verilmediği görülmektedir. Tefhim sürecinde gerekçeye yer verildiği, sanki ikna edildiğinde ceza adaletinin etkinliği için çok şeyler yapılmış olacaktır<sup>(16)</sup>. 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 adliyereleri 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 kısmayı gerektirecektir.

Adalet Perisinin gözü bantlı olmanın ötesinde körlüğü de söz konusu olabileceğinden adalet psikolojisi ve adli tıbbın rol ve etkinliği küçümsenmeyecek 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 destekten yararlanması gerektiği bilinmelidir.

• Öndördüncüsü, yasal sonuçları dile getiren şu iki deyiş yenilenmelidir: 1) Dura lex, sed lex-Yasa serttir, ama yasadır; 2) summum jus summa inuria, en adil yasa en büyük bir adaletsizlik olabilir. Bunu önlemek için hukuk toplumsal ihtiyaçlara uygun olarak geliştirilmeli ve hukuki gerçeklerin araştırılması, anahtar rolünü almalıdır.

İlke olarak, bir ülkenin tarihi ve geleneği göz ardı edilerek yeni kurallar vaz edilemez. Aksi takdirde yozlaşma kaçınılmaz olmaktadır. Aynı derecede halkın mentalitesi ve yaşam biçimi de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu gereksinime Montesquieu tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: "C'est au législateur à suivre l'esprit de la nation, lorsqu'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 naturel"<sup>(17)</sup>.

Özetle, yasalar yapıldıkları ülkenin mentalitesi, geleneği ve tarihi ışığında vaz edilmeli; halkın kültür ve eğitsel seviyesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Kuşkusuz, eğitsel yasalar eğitim seviyesi yüksek ülkeler ile okur yazarlık 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 haklılık kazanmalıdır. Müktesep haklar ihlâl edilmemelidir; eşyanın tevzii her kesin ihtiyacına ve/ya icraatına göre yapılmalıdır. İlaveten, çatışma halindeki menfaatler rasyonel bir temel üzerinde dengelenmelidir. Böylece, farklı menfaatler irdelenirken hiyerarşik sıralama yolunda rasyonel ve demokratik haklılık sağlayıcı nitelik üzerinde önemle durulmalıdır<sup>(18)</sup>.

• Onbeşincisi, hukuk kurallarının formüle edilmesinin bir teknik olduğu unutulmamalıdır. Avrupa ülkelerindeki yasama faaliyetinin temel amacı gelecekteki insan aktivitelerini için güvenlik ve rehberlik sağlamak üzere davranışa özgü (uyulması veya uyulmamasının sonuçlarını belirterek) genel reçeteler vaz etmek ve bu bağlamda, insanların hukuki ilişkiye girilebileceği, değiştirilebileceği veya korunabileceği mekanizmalar oluşturmaktır. Bu önerme hukuk kurallarından beklenen şu amaçları telkin eder niteliktedir:

(1) Kurallar hitap ettikleri kişiler tarafından anlaşılmalı;

(2) Kurallar, açık, net, direkt ve güçlü bir anlamla ifade edilmeli;

(3) Kurallar, kesin olmalı ve ilke ile hususilik arasında doğru dengeyi koruyucu olmalı davalara kapsayıcı şekilde kalımla alınmalı<sup>(19)</sup>;

(4) Sade bir şekilde ifade edilmeli; muhtevasında muğlaklığa yer vermemeli;

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

(6) Diğer kurallarla tamamen uyumlu bulunmalı;

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

(8) Halkın dikkatlerine sunulmalı; kolayca erişilebilmeli; ve kullanımı kolay olmalı;

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

(10) Sokaktaki vatandaşın anlayabileceği akıcılıkta ve mükemmellikte olmalıdır.

• Onaltıncısı, popülist ceza yaklaşımının bilimsel gerçekleri göz ardı ettiğidir. 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 yasalastırma eğilimine" işaret etmektedir. Ceza siyasetindeki bu geleneksel yaklaşıma özgü başlıca sakıncalar 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 yüksekliliğidir.

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 cezai eskalasyon sürecini Avrupa Ülkeleri ve özellikle Türkiye'nin de kat etmeye başladığı görülmektedir.

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 görülmemekle, 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

Diğer bir anlatımla, ne kadar önemli veya ağırlıklı olduğunun saptanması söz konusu olmaktadır. Otomobil 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 diğerinden daha önemli olduğu belirtilebilirse de, kurallar sisteminde bir kuralın çok önemli olduğuna değinilerek 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.

(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, menfaatlerin kamu siyasetine dönüştürme gücü olan özel menfaatleri temsil eden insanlarca yapılmaktadır. Siyasetin çoğulculuğu kuramı aksine, toplumdaki farklı menfaatlerin uyumlaştırılmış bir görüntüsü olmak yasetin diğerleri pahasına bazı menfaatleri desteklemektedir." (R. Quinney, The Social Reality of Crime, Boston: Little, Brown, 1970, p. 135). Yasal düzenlemeye özgü yapılan bu değerlendirilmenin, ceza hukukunda klanikleşen hırsızlık, gasp, ırza geçme ve adam öldürme gibi suçlar dışındaki düzenlemeler için de haklılık payı küçümsenemez.

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



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<sup>(20)</sup>.

Ülkeyi yolsuzluklardan temizlemenin, istenmeyen bir iktisadi bir maliyeti olacak; bozuk ve kirli ilişkilerin doğurabileceği 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 vasıta. 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. Okçesiz, "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. Okçesiz, 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. Geç.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!<sup>(21)</sup>

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