

HUKUKUN SOSYAL TEORİSİ

Mustafa T. Yücel, LL.M., JSD* *

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 hukuk profilini belirlemede aktörlerin de-facto ne yaptıklarını saptamak, belli amaç-değerlere vurgu yapıp yapılmadığını irdelemek üzere yargı pratiğinde niceliksel değerlere 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;

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

2000 yılında itham oranı DGM Başsavcılıklarında %68, diğer başsavcılıklarda %52'dir.² Bu orandaki yüksekliğin uzun yıllardır süregelmesi Cumhuriyet savcılarının tutumundan kaynaklanmaktadır.

* Çankaya Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı.

¹ M. T. Yücel, *Kriminoloji*, Ank 2003, s. 132.

² Ne var ki kamu davası açmak için “yeterli belirti” 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,

2000 Yılı Verilerine Göre Ceza Mahkemesi Türü İtibariyle Beraat/ Mahkûmiyet Yüzde Oranları Dağılımı:

	DGM	Ağır Ceza	Asliye Ceza	Sulh Ceza	Çocuk	Toplam
Beraat	34.9	32.9	33.3	12.6	17.8	24.8
Mahkumiyet	65.1	67.1	66.7	87.4	82.2	75.2

hazırlık soruşturmalarının tamamına yakın bir kısmının zabıtaya yaptırıldığı; derdest 31.074 hazırlık evrakından yalnızca 732'sinin (%2.3) savcılarca tahkik işlemine tabi tutulduğu saptanmıştır.

Ülkemizde, yeterli delil ölçütüne göre dava açma tekeli elinde bulunduran savcılar bu ölçüte ne derece işlerlik kazandırdığı yukarıdaki somut veriler (beraat oranları) ışığında kuşkulu 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 belirti” ölçütünün yarattığı kültür ve davranış tutumu karşısında “yeterli delil” işlevden yoksun mu kalmaktadırlar?

Savcılar, her sanık için yapılan suç isnadına ilişkin mahkûmiyete yönelik gerçek bir beklentiye besleyecek yeterli delil olduğu konusunda tatmin olmalıdırlar. Savcılar, savunmanın görüşlerini de göz önüne alarak tezlerini nasıl etkileyeceğini de göz önüne almalıdırlar. Kuşkusuz, mahkûmiyete ilişkin gerçek bir beklenti olup olmaması objektif bir test niteliğindedir. Bu test, mahkemece, hukuka uyarlı ikame edilen leh ve aleyhteki delillerin değerlendirilmesi sonucu büyük bir olasılıkla sanığın mahkûmiyetine karar verilmeyeceği anlamına gelmektedir.

Cumhuriyet Savcıları kamu davası açarken yeterli delil olup olmadığına karar verirken, delillerin kullanılıp kullanılmayacağı ile güvenilirliğini de göz önünde bulundurmalıdırlar. Bazı davalardaki sözde deliller ilgiyi 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 alınamayacağını emretmesi (CMUK, mad. 238, 254/2) karşısında, delilin elde edilmesi şekli veya dolaylı tanık ifadesi nedeniyle delil mahkemece reddedilecek mi? Bu durumda, gerçekçi bir şekilde mahkûmiyete 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 özgeçmişi göz önüne alındığında savcılığın davasını zayıflatma olasılığı var mı? Tanığın saikının 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 mahkûmiyet beklentisi olup olmadığını test ederken şimdiye dek sözü edilenleri özenle irdelemelidirler. Özetle, kanıtları, kamu davasını açmak hususunda yeterli sayılıp sayılmayacağını savcılar takdir edecektir. Tutum oluşumu ve değişikliği için ayrıca bkz. M. Şerif ve C. W. Şerif, *Sosyal Psikolojiye Giriş II*, Sosyal Yayınları, İst. 1996, s. 539-573.

Uluslararası karşılaştırmada ülkemizdeki mahkûmiyet oranı oldukça düşük iken, bu oran İsveç'te %94.7, (1988) Fransa'da %98.9 (1982) ve Japonya'da %99.9'dur. (1992) Orandaki bu çarpıcı farklılık hazırlık soruşturmasında ayıklama işleminin çok ciddi yapıldığını göstermektedir.

– 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 Kanunu'nun işlevsel etkinlikten yoksunluğu yer almaktadır.

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 istemlerinin³ sonuçları (1992 yılında Adalet Bakanlığı'na gelen 2.606 yazılı emrin 1.394'ünde istem yerinde görülmeyle mahalline iade edilmiş, 1.133 dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na 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 Kurulu'ndaki %44.9'luk (son on yedi yıllık süredeki en yüksek) oran da Yargıtay Ceza Dairelerindeki yanlış payına işaret etmektedir. Bu payın saptanmasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 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.

³ Bkz. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün yazılı emirle bozma talepleri hakkındaki 17/12/2002 tarih ve 3.3.-337/143 sayılı Genelgesi.

Ceza Genel Kurulu'na 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 yanılğı oranındaki bu çarpıcı oranlar, ceza adaleti sisteminin kalite açısından patolojik bir görüntüsüne işaret etmektedir.⁴

⁴ Bu istatistik görüntünün yıllarca süregelmesine karşın gerekli adli irade tezahürüne tanık olunamadığı 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 da bilinç yaratılamadığı için demokratik sistem gerekli refleksi gösteremedi.

– 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. Bu sayısal görüntü yargıda da trafiğin iyi olmadığına işaret etmektedir.

– Beşincisi, ceza adaleti sisteminde “her şey sanki suçluları korumaya yöneliktir.” Sistemde mağdurlar açısından büyük bir haksızlık ve denge-sizliğe tanık olunmaktadır. Bu durum batı dünyasındaki isimlendirmede daha da belirgindir: Sistem victim justice/mağdur adaleti değil, criminal justice/ceza adaleti olarak adlandırılmaktadır. Ülkede var olan ceza adaleti süreci “mağdur”u daha da mağdurlaştırılmakta; nerede ise mağdur suçlu konumuna getirilmektedir.⁵

– Altıncısı, genelde mevcut kurumlarda verimlilik ve etkinlik analizleri yapılmaksızın kaldırılan/konulan kurumlarla süreçte çıkmazlara neden olunmasıdır –gecekondü nostaljisi. 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. Savcılık tablosunda görüldüğü üzere işlerin %30.3’ünde takipsizlik kararı verildiği göz önüne alınarak kolluk evresinde bu ayıklama işlemine olanak sağlayacak yasal düzenleme gereği belirlemektedir. Kollukta ayıklamanın en tipik örneği İngitere’ dedir.

⁵ Hüküm giyen suçlu eğitilmekte, çalıştırılmakta/psikiyatrik tedaviye tabi tutulmakta; kendilerine “af” sağlamak üzere kader kurbanı etiketi yapıştırılmakta; aflatlarla 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 olacaklardı-belki de yolda yürürken kafalarına bir sakı düşerek veya geceleyin evlerine giren bir kamyonla can vereceklerdi. Öte yandan, suç zamanaşımı ile takibattan kurtulan suçlulara karşın mağdurlar yaşam boyu geçirdikleri travmanın etkisine mahkum olurlar. İşte sistem çeşitli açılardan fire vermektedir. İnsan hakları bildirgelerinde sanıkların korunmasına yönelik hükümler pozitif hukuka yansımış iken mağdurların korunmasına yönelik düzenleme daha yasalasamıştır. 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 hükmüne 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.

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

Yukarıdaki tablolardan ceza mahkemeleri bölümünde yetkisizlik ve görevsizlik oranının %27'yi bulması sistemdeki kırtasiyeciliğin boyutunu sergilerken, hukuk mahkemelerindeki %3'lük sulh oranı da adliye de sulh kültürünün gelişmediğine işaret etmektedir.

– 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 yıllardır Yargıtay'da süregelen “*aidiyet nedeniyle ilgili daireye gönderme*” (2000 yılında çıkan kararların %11.8) sorunu çözüme kavuşturulmalıdır. Bu derece basit bir soruna çözüm beklerken yeni kurumlarla 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, davanın bazı yönleriyle sınırlandırarak temyiz sürecinin hızlandırılmasına da katkıda bulunabilecektir.

– Sekizincisi, Yargıtay'a gelen iş sayısının yeterince sınırlandırılması halinde istinaf yerine genişletilmiş temyiz niteliğinde yeterli olabileceği merkezindedir.⁶ Bu önermeyi pekiştirir nitelikte ilk derece mahkeme kararlarındaki temyiz oranına yer verilmiştir. Bu oranı saptamak üzere iki ayrı yönetime başvurulmuştur:

1. Yöntem: İlk derece mahkemelerince verilen kararların Yargıtay'a gelen iş sayısı oranlaması yapılarak saptanan temyiz oranı dağılımı⁷ yıllar itibariyle şöyledir:

⁶ 1998 Yılı İçinde Karar Verilen (Hukuk ve Ceza) İş Sayısı ve Oranı Dağılımı

	(a)	(b)	(c)	
Ülke	İlk derece	İstinaf %	Temyiz %	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

(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 kararlardan Yargıtay Hukuk Dairelerince verilen kararlardan *"kabul"*, *"kısmen kabul, kısmen ret"* ile *"sübut 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 mahkûmiyet ve beraat kararları toplamı esas alınarak Yargıtay Başsavcılığı'na 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 Başsavcılığı'na gelen iş sayısı da 302.411 alındığında) ceza işlerindeki temyiz oranı %21.07 olmaktadır.

Bu verilerden reel ölçümleme değerleri alındığında da temyiz oranının oldukça yüksek olduğu görülmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının bu orandaki katkısı küçümsenmeyecek derecededir. Genelde bu değer ne kadar aşağıya çekilebileceği göstermek için ilk derece ceza mahkemelerince verilen kararların suç türü itibarıyla dağılımına bakmak yeterli olacaktır:⁸

⁷ Yargıtay Hukuk Daireleri/Yargıtay Başsavcılığı'na gelen kararların ilk derece mahkemelerince verilen tüm kararlara oranlamasıdır.

⁸ Bu tabloda kara para aklama yasası uyarınca bir mahkûmiyete tanık olunmadığı görülmektedir.

Suç türü	Dava Sayısı	%
T. C. K.	574.860	29.86
İcra İflas Kanunu	981.431	50.98
Çek Kanunu	148.467	7.71
Karayolları Trafik K.	91.451	6.77
Orman Kanunu	29.403	2.17
Ateşli Silahlar ve...	19.710	1.45
Kaçakçılığın Men ve	10.040	0.74
Çıkar Amaçlı Suç Ör.	314	0.02
Terörle Mücadele...	451	0.03
Diğer	68.746	3.57
Genel Toplam	1.924.873	100

Bu tablonun belgelediği üzere, sisteme giren suçların %29.86'sı Türk Ceza Kanunu'nu ihlal eden suçlar oluştururken %51 oranı icra ve iflas suçları oluşturmaktadır. İşin en çarpıcı yanı da bu son gruptakilerden cezaevlerine girenlerin oranı 1992-1999 yıllarında %50'lere vararak 100.000 nüfustaki cezaevi nüfus oranını şişirmesidir. İşte, kapalı cezaevlerine giren icra ceza hükümlüsü yoğunluğu ve trafiği göz önüne alınarak onlara özgü müstakil prefabrik bölümlerin kapalı cezaevine ek olarak inşa edilmesi planlanmalıdır.

Yıllar	İcra i aşan hükümlü (A)	Toplam hükümlü (B)	(A/B)*100 %
1992	27.171	54.400	49.9
1993	27.511	53.618	51.3
1994	31.386	60.742	51.7
1995	30.948	63.103	49.0
1996	27.369	61.120	44.8
1997	26.890	62.946	42.7
1998	30.504	69.077	44.2
1999	43.954	83.466	52.7

İşte kanun yolları konusunda yapılacak en akıllı iş, adli denetim hakkı bakımından uzun deneyimlerle sosyo-juridik bir olgu olarak beliren Türk temyiz sisteminin olumlu yanlarını vurgulamak ve yeni tedbirler geliştirmek üzere, çoğu sistemimizde yer etmiş, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (95) 5 sayılı Tavsiye Kararı metnindeki örnekler ışığında kanun yollarına ilişkin profil çalışma ve değerlendirilmesini yapmak üzere bir proje grubu oluşturmaktır.⁹ Unutulmamalıdır ki *"iyi aletler temin etmek imkânsız olduğunda, yapılacak en iyi şey, eldekilerin kusurlarını anlamaktır."* (J. S. Mill)¹⁰

– Dokuzuncusu, beraat kararlarında farklılığa bakarak ceza adaletinin şans oyununa dönüşmesidir. Mahkeme, duruşmalarında her davaya özgü bulguları tanıklardan öğrenebilen ve yanılığa düşebilecek insanlar tarafından yönetildiği için kaçınılmaz türden hatalar olağan sayılmalıdır. Bu bağlamda aynı kanıt bir hâkim için inandırıcı olurken, bir diğerine saçma gelebilmektedir. (gerçeklik yargısı) Nitekim hâkimlerin olaya ilişkin sorular üzerindeki farklılığı, hukuka ilişkin yorumlarında saptanan (değer yargısı) farklılıktan daha fazladır. Bu farklılığı vurgulayıcı nitelikteki görünüme aynı suç türlerine ilişkin görevli mahkemelerce verilen beraat kararlarındaki oran değişimlerinde tanık olunmaktadır.¹¹ Bu değişimin boyutunu belirlemek üzere, Ankara Adliyesi'nde mevcut olan 22 adet Asliye Ceza

⁹ Üst mahkemeler kurulması gereği hakkındaki normatif yaklaşım için bkz. S. Selçuk, "Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeler Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, C. 2, S. 4 (Ekim 1976) s. 33-51; T. Alp, "İl Üst Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Bir Öneri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1992/1, Y. 49, s. 26-39; "Mukayeseli hukukta istinaf", *Adalet Dergisi*, Y. 91, (Ocak 2000) S. 2. Üst mahkemeler ile temyizcinin birlikte olması gerekmediği hakkında bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (95) 4 sayılı Hukuki ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ve Usullerini Geliştirme Hakkındaki Tavsiye Kararı, (Çev. M. T. Yücel); N. Bilge, "Karar Düzeltmenin İslâm Hukuku'ndaki Dayanağı", *Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'a Armağan*, Ank 1973, s. 63-79.

¹⁰ Hukuk ve ceza dairelerini içerecek şekilde Yargıtay'ın (1949-1997) dönemindeki iş yükü profili irdelendiğinde toplam iş yükü artış oranına yaklaşık oranda daire sayısı arttığı ve verimlilik oranının da yaklaşık aynı değeri koruduğu görülmektedir:

Yıl	Daire Sayısı	Değişim	Toplam İş	Değişim	Çıkan İş	Değişim	Verimlilik %
1949	12	100	129.334	100	113.980	100	88
1964	18	150	181.401	140	161.621	142	89
1997	32	267	375.129	290	342.422	300	91

¹¹ *Council of Europe*, "Disparities in Sentencing: Causes and Solutions", Strasbourg 1989.

Mahkemesi'nde 1996 yılı verilerine göre hırsızlık, (TCK, 491-494) müessir fiil (456-460) ve dolandırıcılık (503-505) ve diğer yedi suçtan yargılanan sanıkların beraat şansına ait veri analizleri yapılmıştır. Hırsızlık suçlarına ilişkin davalarda beraat oranları ortalaması %47 iken, altı mahkemede bu oran, ortalama üstünde %70-81; beş mahkemede ise, ortalama altında, %9-7 değişen bir oran olduğu saptanmıştır. Bu tabloya göre, bir mahkemede hırsızlık suçundan sanık on kişiden yaklaşık birinin beraat şansı varken, bir diğerinde bu şans sekize yükselmektedir. Benzer bir tabloya müessir fiil suçlarında da tanık olunmakta; bu suça özgü ortalama beraat oranı olan %34'ün üstünde dört mahkemede bu oran %50-81 arasında seyrederken normalin altındaki on mahkemede bu oranın %5-26 arasında seyrettiği görülmüştür. Bu tabloda bir mahkemede on sanıktan birinin beraat şansı 0.5 iken, bir diğer mahkemede bu şans sekize yükselmektedir. Dolandırıcılıktaki görünümde diğerlerinden farklı olmayıp; ortalama beraat oranı %47'nin üstünde yer alan dokuz mahkemede bu oran %58-82 arasında seyrederken, on bir mahkemede %2-37 arasında seyrettiği ve bu durumda bir mahkemede beraat şansı 0.2 iken, diğer bir mahkemede 8 olmaktadır.

– Onuncusu, kararların yeterli gerekçeden yoksun olmasıdır. Hukukun mantık ve “*iyi duyu*” arasındaki çatışmanın bir ürün oluşuna “*gerekçe*” olgusunun sağladığı katma değer oldukça önemlidir. Gerekçe ve muhalefet serhleri kararların sorgulanmasını sağlayan ve hâkimlere rasyonel yargılama gücü sağlayan unsurlar olarak hukukun zenginleşmesine katkıda bulunmakta;¹² ilkelerin oluşumunu sağlamaktadır. Bu metotların varlık ve etkinliği, sosyal yaşamın diğer alanlarındaki gerekçeli yaşamının varlık derecesiyle de yakından ilintili; demokratik toplumlar için vazgeçilemez bir gerekliliktir.

– On birincisi, yasal sonuçları dile getiren şu iki deyişin yenilenmesi gereğidir: 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 vazedilemez. Aynı derecede halkın mentalitesi ve yaşam biçimi de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu gereksinme 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*

¹² Bilimsel görüşlerin/soyut kuralların olaya ve kişiye uygulanması halinde beliren sakıncalar karşısında gerekli değişim ihtiyacı belirdiği; ve bunun en belirgin kanıtına da Prof. N. Kunter'in eserinde tanık olunmuştur.

de mieux que ce que nous faisons librement, et en suivant notre génie naturel."¹³

Özetle, yasalar yapıldıkları ülkenin mentalitesi, geleneği ve tarihi ışığında vazedilmeli; halkın kültür ve eğitsel seviyesi de göz önünde bulundurulmalı; çağdaş değerler göz ardı edilmemelidir. 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 sistemine eklediğinden, çıkarılan yasalar temel adalet ilkelerine uyum ile haklılık kazanmalıdırlar. Müktesep haklar ihlâl edilmemelidir; eşyanın tevzii her kesin ihtiyacına ve/veya 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.¹⁴

– On ikincisi, 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 vazetmek 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 anlatımla ifade edilmeli;
3. Kurallar, kesin olmalı ve ilke ile hususilik arasında doğru dengeyi korurken olası davaları kapsayıcı şekilde kaleme alınmalı;¹⁵

¹³ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Livre XIX, Chapitre 5.

¹⁴ 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, menfaatlerini kamu siyasetine dönüştürme gücü olan özel menfaatleri temsil eden insanlarca yapılmaktadır. Siyasetin çoğulculuğu kuramı aksine, toplumdaki farklı menfaatlerin uyumlaştırılmış bir görüntüsü olmak yerine diğerleri pahasına bazı menfaatleri desteklemektedir." (R. Quinney, *The Social Reality of Crime*, Little, Brown, Boston 1970, p. 35) Yasal düzenlemeye özgü yapılan bu değerlendirmenin, ceza hukukunda klasikleşen hırsızlık, gasp, ırza geçme ve adam öldürme gibi suçlar dışındaki düzenlemeler için de haklılık payı küçümsenemez.

¹⁵ İlkelerin-ağırlık veya önem-boyutu almasına karşılık kuralların bu niteliği yoktur. İlkeler keşiştiğinde/çarpıştığında karara verecek kişinin her ilkenin ağırlığını göz önüne alması

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.

– On üçüncüsü, 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 kriminolojiye yer etmiştir. Bu kavram, “*yasa koyucuların cezai değerini göz ardı ederek daha ziyade popülerite beklentisine dayalı siyasetleri yasalaştırma 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 yüksekliğidir.

Siyasiler popülist süreçte cezai “*silahlanma yarışına*” kilitlenmekte; her parti seçmenleri arasında popülerite kazanmak üzere halkın korunması için

gerekmektedir. 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.

cezaların daha ağırlaştırılmasını önermektedir. ABD’de tavana vuran cezai eskalasyon sürecini Avrupa ülkeleri ve özellikle Türkiye’nin kat etmeğe 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 görülmeyerek cezaların ağırlaştırılmasının suçta ne kadar azalma sağlayacağına ilişkin tahminler ile artan hürriyeti bağlayıcı cezanın kamu maliyesine olan bedelinin 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.

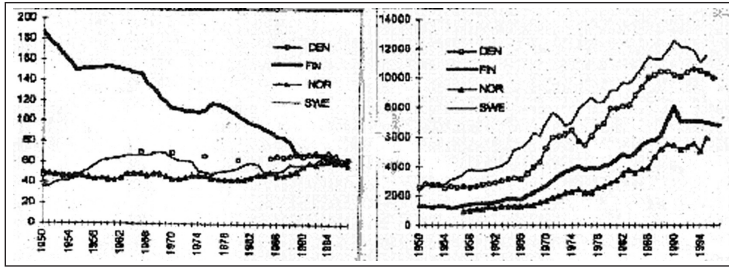
Bu amaçla siyasiler kriminolojik gerçeklerden bilgilendirilmelidir. Farklı seçenekler arasında siyasi tercih yapmak konumunda olan siyasiler olası gerçeklerin leh ve aleyhindekileri açıklamakla yükümlüdürler. Halk onlardan bunu beklemektedir. Bu nedenle, hürriyeti bağlayıcı cezanın ne sağlayabileceği, sınırının ne olabileceği ile 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.

Bir ülkedeki suç oranı kendi yasları ve dinamiklerine göre yükselip düşerken, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet 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 belgelediği 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.¹⁶

(*) Bugünkü rayici itibariyle bir F tipi kapalı cezaevi kompleksinin tutarı 4.3 trilyon TL

¹⁶ T. Lappi-Seppälä, *Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive*

Cezaevi Nüfus Oranı 1950-1997 Ceza Kanunu İhlal Suç Oranı
1950-1997. (/100.000 nüfus) (/100.000 nüfus)



— On dördüncüsü, 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 maymuncuk” mazeret sözü haline gelmiştir. Gerçekte sorun, sorunun sistemden kaynaklandığını söyleyenlerden/mazeret arayanların iyi niyetli olmamalarından kaynaklanmaktadır.¹⁷

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.

— On beşincisi, hukuk sosyolojisi öğretiminin nazari kaldığı, ülkemize özgü olgusal araştırmalara yabancı kaldığıdır. Hiç kuşkusuz, ampirik hukuk sosyolojisi, toplum incelemesi olarak hukuk sisteminin araştırılmasında

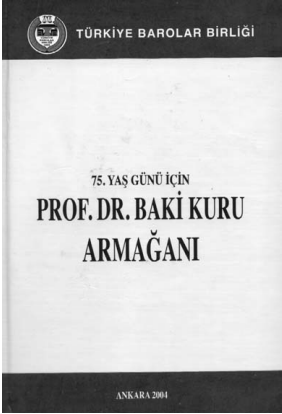
Ideal, Punishment and Penal Systems in Western Countries, (Ed. by M. Tonry and R. Frase) Oxford University Press, New York 2001.

¹⁷ Informal davranış modelleri ve yolsuzluk için bkz. H. Ökçesiz, “İnformel Adalet” *Toplum ve Bilim* 87, Kış 2000/2001, s. 195-201. E. Böhne, 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 korutucu bir nicelik kazanması;
4. Hızlı teknolojik, ekonomik, politik vs. değişimlere tanık olunan yasa alanlarının varlık göstermesi. Ökçesiz, *age*, s. 197; F. Adaman, A. Çarkoğlu ve B. Şenatalar, *Hanehalkı Gözünden Türkiye’de Yolsuzluğun Nedenleri ve Önlenmesine İlişkin Öneriler*, TESEV, İst. 2001; TBMM Yolsuzlukların... (10/9) Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu Esas No. A.01.1. Geç. 10/9-539-19/06/2003.

TBB YAYINLARI

**HUKUK
YAYINCILIĞINDA
KALİTE VE GÜVEN**



25.000.000.-



10.000.000.-

İSTEME ADRESİ

**Karanfil Sokak 5-62,
Kızılay-Ankara**

(Kargo veya posta ile, ücreti
alıcıdan olmak üzere ödemeli
gönderilir)

başvurulan 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 Akademisi'nin bu eksikliği giderici, niteliksel ve niceliksel araştırmaların yapılabilceği bir merkez olması üzerinde ciddiyle durulmalıdır.

İşte hukuk sistemindeki 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 yaptıkları sorularını irdeleyen devlet hukukunun sosyal teorisine ilişkin bu çalışmamızda konunun birinci yönüne (adalet sisteminin nasıl çalıştığına) ait bulguları saptadık, aynı derecede önemli olan ikinci bölüm üzerindeki çalışmalarımız ise devam etmektedir.