

CEZA ADALETİNDE SAPMALAR

DEVIATIONS IN CRIMINAL JUSTICE

“Kuşkulu durumlarda özgürlüklerden yana olunmalıdır.”

In dubio pro libertate.

Mustafa T. YÜCEL*

Özet: Hukuk devletinin varlığına ilişkin olarak ceza adaleti sisteminin *de jure* varlığı ile *de facto* görünümü arasındaki farkın ne derece olduğu istatistik verilerle sergilenmiştir. Bu tablo bazı Cumhuriyet savcısı ve hâkimlerin zamanı geçmiş veya çarpık adalet görüşleri adına işleri kötü yaptıklarına da işaret etmektedir. Hukuk, böylece, yasalar ve hukuk aktörlerine özgü terapötik etki analizleri ile irdelenmelidir.

Anahtar Sözcükler: Gerçek, adil yargılanma, masumiyet karinesi, insanlık onuru, etkinlik, adli hata, itham oranı, mahkumiyet oranı, Avrupa Konseyi, makul süre, en son çare, itiraf pazarlığı, tutuklu, karar analizi, tanık, cezaevi nüfusu.

Abstract. In reference to the rule of law, it is intended to show the difference between *de jure* and *de facto* criminal justice system with due regard to the statistical data. This result also indicates some figures of public prosecutors and judges who made matters worse in the name of their own outdated or distorted views of what justice required. Thus, the law should be assessed through analysis of therapeutic impact of the statutes and legal actors.

Keywords: Fact, fair trial, presumption of innocence, efficacy, miscarriage of justice, accusation rate, conviction rate, Council of Europe, reasonable time, *ultima ratio*, plea bargaining, preventive detainee, decisional analysis, witness, prison population.

* Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı

Toplumsal savunu adına aynı ve şahsi hakları koruma altına alan etkili bir sistem, suçu tolere edilebilir sınırlar içinde tutabilmek için ceza yargısına gereksinme duymaktadır. Ceza yargılaması, “gerçeği bulma yeterliliği”¹ üzerine oluşturulan, ithamın doğru olup olmadığını irdeleyen, çağın en duyarlı teknikleri ile kanıtları test eden ve sanıkların *adil yargılanma hakkını* ilke edinmiş bir sistemdir. Kesin hatlarla ayrılmaya da *iddia, savunma* ve *hüküm*’den oluşmaktadır. *Masumiyet karinesi* de bu sürecin en temel ilkelerinden biridir (Anayasa madde 38/4, AİHS madde 6/2). Sanığın bir suçtan cezalandırılabilmesi için suçun kuşkuya yer vermeyecek şekilde kanıtlanmış olması gerekmektedir. Bu gereklilik irrasyonel mahkumiyet veya beraatlere karşı ek bir kontrol mekanizması işlevini görmektedir.

Ceza yargılaması “gerçeği garanti etme yeterliliği” vaat eder ve bunu sağlayan hukuka uygun hükümdür. Eğer hikaye yeteri kadar makul ise, gerçek olduğu kabul edilebilir. Doğruluk, gerçekten doğmaktadır.

¹ K.Volk. “Gerçek-Gerçeklik Çeşitliliği” Suç Politikası, Seçkin, 2006, ss.213-227; A. Heper. “Yargılama Dolandırıcılığı” Güncel Hukuk Temmuz 2009/7-67, s. 36 vd; J.Pradel. Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü (İSİSC Kollokyumlarının Sentez Raporu)(Terc. S.Dönmezer), Beta, Kasım 2000; R.Nozick. “Usuli Haklar” Anarşi, Devlet ve Ütopya (Çev.A.Oktay) İst. Bilgi Üniv. Yayını, Aralık 2000, ss.138-144; M.Cavadino ve J. Dignan. Penal systems: A comparative approach, Thousand Oaks, CA: Sage. 2006; J.Kleining. Ethics and Criminal Justice-An Introduction, Cambridge University Pres, 2008; L. Ve H. Saunders. “Rethinking the Criminal Standard of Prof: Seeking Consensus about the Utilities of Trial Outcomes” International Commentary on Evidence 7(2009) <http://www.bepress.com/ice/vol7/iss2/art1>

T.Hammerberg, Türkiye’de İnsan Hakları üzerine Ziyaret Raporu(10-14/10/2011) TBBD Ocak-Şubat 2012, Y.24,S.98, ss.439-500; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararlarına rağmen, yerel mahkemelerin ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda karar verirken, davaya konu gazetecilerin haberlerinin içeriğinin gerçek olup olmadığı ve doğrusu, kamunun söz konusu bilgileri edinmede meşru bir menfaati ve hakkı olup olmadığını (ifade içeriğinin gerçekliğinin ispatı ve kamu yararını öne sürme hakkı olarak bilinen kavramlar) sistematik olarak değerlendirdiğine dair bir belirti bulunmamaktadır.” Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg’in 27 - 29 Nisan 2011 tarihleri arasında Türkiye’yi ziyareti sonrası hazırladığı rapor(CommDH, 2011,25). Ayrıca bkz. M.T.Yücel. “Yapısal Analiz ve Sorunlar” Yargı Reformu-Sempozyum, TBB, 2008,ss.337-361 Şüphelilerin itiraf etmesini sağlamak etkili bir ceza soruşturmasına ikame olarak görülmemelidir (Yazarın notudur). Ayrıca bkz. Avrupa Komisyonu’nun 2012 Türkiye İlerleme Raporu: Savunma hakkının ihlali, tutukluluk süreleri, aşırı derecede uzun ve karmaşık iddianameler. S.Ergin “AB İlerleme Raporu(2)İşkencede ana sorun cezasızlık kültürü” Hürriyet (12/10/2012), s.20.

Ceza adaleti mekanizmasında yargılama, önemli bir evre oluşturmakta; “gerçeği garanti etme yeterliliği” vaat etmekte ve bunu sağlayan hukuka uygun hüküm verilmesi gerekmektedir. Önemli olan yöntemin güvenilir ve adil olduğunun (veya kullanılan diğer yöntemlerden daha kötü olmadığını) yeterince gösteren bilginin kamuoyunda yer etmesidir. Tarafların aktif veya pasif olmasına bakılmaksızın mahkeme “hakikati belirleme” için gerekli tüm kanıtları toplamaktan sorumludur. Bu süreçte, *insan onurunun* korunması merkezi bir konumdadır. Aynı derecede önemli olan bir konuda, ceza adaleti sistemine ait her özel niteliğin şu iki yönlü soru ile irdelenmesidir: Hangi işleve hizmet için var olduğudur? Ve bu işlev yeterince yerine getiriliyor mu?

Hâkim, önüne gelen davada olguların gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini veya doğru olup olmadığını, elde edilen kanıtlar toplamından oluşan “makul bir hikayeye” bağlı olarak karara varacaktır. Hikaye yeteri kadar makul ise, gerçek olduğu kabul edilebilir. Doğruluk gerçekten doğmaktadır. Yalnız bu süreçte “olgu kuşkuculuğu” görüşünün açıkça sergilediği üzere, olgular hakkındaki tüm bilgilerimizin yargı sürecinde kategorik ithamlara dayanak olacak nitelikte olmadığı; kendi saiklerini tam olarak anlayamayan insanların başkalarını harekete geçiren duygu ve yoksunlukları nasıl anlayabilecekleri göz ardı edilmemelidir (*In dubio pro reo*). Yalnız “doğruluk o kadar büyük bir şeydir ki, bizi kendisine ulaştıracak olan hiçbir şeyi önemsemezlik etmemeliyiz” (*Montaigne:207*).

Ceza Adaletinin Etkinliği

1. Daha iyi bir ceza adaleti sistemi (CAS) nasıl yapılandırılır? Süreçte CAS maliyetini düşürücü ve üretilen adalet derecesini artırıcı anahtar değişkenler nelerdir?
 - Her müdahalenin bedel-yarar analizi (ekonomik metodoloji)
 - Kamu davasına seçenekler (diversions)
 - Denetimli serbesti ve diğer seçenek yaptırımlar
2. CAS sürecinin suç miktarı ve azaltılması ile ilişkisi ne olmalıdır?
3. Kurumlardaki mahpusların yönetişimi nasıl olmalıdır? Bu soruların temelinde yatan gerçek ise, bir yargı sistemindeki “mit’in”, onun operasyonel kodundan ayırt edilmesidir.

Ceza davaları tutanaklarını gözden geçiren bir öğrenci çok geçmeden suçluluk-masumluk yanıtının hassas bir denge içinde bulunduğu davalara tanık olacaktır. Tanık olunacak ikinci bulgu da “*tutanak fetişizmi*” dir. “*Suçsuzluk karinesi*” de az/çok değer ya da önem verilecek türden bir şey değildir. Bu karinenin değerindeki herhangi bir azalma yerini *suçluluk karinesine* bırakmaktadır. “*Suçsuzluk karinesi*” her zaman önde tutulmalıdır. Hiçbir savcı/hâkim bir davaya önyargıyla yaklaşmamalıdır. Yeni CMK’da, eskiden olduğu gibi, sabıka belgesinin duruşmada okunması neyin göstergesi olmaktadır? Mahkûmiyet sonrası yaptırım türü saptanırken elektronik ortamda bu bilgiye ulaşılması yöntemine neden geçilmediği sorgulanmalıdır.²

Sistem her zaman adli hatalara açıktır. Sistemde mahkûmiyet kararlarında olduğu kadar beraat kararlarında da *adli hatalara* tanık olunmaktadır. Kuşkusuz, bir makine mükemmelliğinde çalışmayan ceza adaleti sisteminde kuşkular varlığını sürdürecektir; bazen suçlu kişiler kadar masum kişilerde cezalandırılacaktır. Gerçek bir makinedeki dişli sıyırması gibi bellekler de yanıltabilir; hatalı teşhisler yapılabilir. Nitekim, algılama ve bellek üzerine yapılan araştırmalar kısa süre içinde bilginin nasıl buharlaştığını göstermektedir. Hatırladıklarımızdan daha çoğunu unutturken, algıladığımızın çoğunu da unutmaktayız. Genel inancı karşılayıcı olay yerinin, sanki içsel bir video kaydında depolanmış gibi tam olarak ayrıntılı ve doğru hatırlanabileceğine ait bir kanıt yoktur.³

İşte, bu durumda yargılama sisteminin, adaletsizlik yaratabilme kapasitesi biz hukukçuların/STK’ların ilgi odağı olmalıdır. Bu doğrultuda, suçsuzların suçlu kişilerden ayırt edilmesini sağlayıcı vasıtalarla özgü zayıflıkları azaltıcı tedbirler üzerinde özenle durulmalıdır.

Bu noktada ceza adaleti sisteminin çeşitli evreleri itibariyle istatistik verilerle performans standartlarını sergileyen veri serilerine aşağıda yer verilmiştir.

² Görüşümüzü destekleyen ABD Yüksek Mahkeme kararı için bkz. Johnny Lynn Old Chief v. United States (117 S.Ct. 644).

³ M.T.Yücel. Adalet Psikolojisi, 8.bası, 2013.

Cumhuriyet savcılıkları* yıllık toplam iş yükü (2005-2011)

Yıl	Toplam	D**	Çıkan	Çıkan/Toplam %
2005	5.677.025	215	2.927.131	51.5
2006	6.272.463	238	3.155.088	50.3
2007	7.070.104	268	3.634.044	51.4
2008	7.254.290	275	3.762.625	51.9
2009	6,065,829	229	3,241,071	53,4
2010	6.111.102	236	3.272.887	53.5
2011	6.050.030	229	3.012.471	49.8

* Cumhuriyet savcılıkları ve CMK 250 Cumhuriyet savcılıkları

** Değişim oranı:1986=100

Çıkan işlerin dağılımı ile beraat oranlarına bakıldığında savcılıklarca gerekli ayıklamanın yapılmadığı; performanslarının düşük olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, eğer savcı tüm davalarla aynı oranda ilgilenilecek durumda değilse, kendisinin *önemli ve hassas işler üzerinde yoğunlaşmasına* olanak tanınmalı; hangi konunun önemli olduğuna karar vermede kullanılacak *ölçütler* belirlenmelidir. Aşağıda birkaç öneri sıralanmıştır:

- Suçun *ciddiyeti*,
- Davanın *hassasiyeti*,
- Soruşturmanın *karmaşıklığı*,
- Soruşturmanın *maliyeti*,
- *Cevaplandırılması zor yasal sorular* ve
- *İnsan haklarına yapılan ciddi müdahaleler*.

Aşağıdaki itham oranına konu olan davaların irdelenmesinde bu ilkelerin ne derece göz önüne alındığı araştırmaya değer bir konudur.

İtham Oranı (2004-2011)

Yıl	CMK.250 C.Savcılığı	Cumhuriyet Savcılığı
2004	43.3	43.1
2005	28.5	32.7
2006	33.7	30.1
2007	38.4	33.6
2008	37.8	37.6
2009*	56,6	51,0
2010	53.4	52.4
2011	51.5	52.2

* 2008 yılı ve öncesi dosya sayısı, 2009 yılında ise şüpheli sayısı esas alınmıştır.

Kamu Davasında Özensizlik**Mahkumiyet Oranı**

Ülke	%
Almanya	96,5
Çin	99,6
Fransa	98,9
İngilizce	90,3
İsveç	94,7
Japonya	99,9
Kore	99,6
Türkiye	70,0

Türkiye'ye ait verinin 2011 yılına göre ayrıntılı açılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir. Bu veriler ceza adaleti sistem ekonomisi/ verimliliği açısından önemli bir negatif bulgular olarak ayrıntılı bir proje konusu yapılmalıdır..

2011 yılı verilerine göre mahkumiyet/beraat kararları (%) dağılımı

Mahkeme türü	Mahkumiyet	Beraat
CMK.250-Ağır Ceza	75	25
Ceza Mahkemeleri (TCK ve Özel Ceza Kanunlarına göre)	62	38
1.Ceza Mahkemeleri (TCK)	56	44
2.Ceza Mahkemeleri (Özel Ceza Kanunları)	75	25
Çocuk Mahkemeleri	75	25

Avrupa Konseyi'nin *Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü* ile ilgili tavsiye kararına (2000/19) göre, savcı aşağıda belirtilenleri gerçekleştirebilecek durumda olmalıdır:⁴

- Ceza siyaseti önceliklerinin etkin bir şekilde uygulanması fikrini de göz önünde bulundurarak kolluğa uygun talimatları vermeli; ve
- Farklı kolluk birimlerinin var olduğu durumlarda, davaları tek tek, bu davaları en iyi şekilde ele alacaklarını düşündüğü birimlere dağıtmalıdır.
- Savcılar, hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına mutlak bir şekilde saygı göstermelidirler.
- Savcılar mahkemedeki yargılama sırasında nesnel ve adil olmalıdır. Savcılar, özellikle, yargılamanın adil bir biçimde yürütülmesi için gerekli her türlü ilgili olgu ve hukuki argümanın (lehte/aleyhte) mahkemeye sunulmasını sağlamalıdır.
- Savcılar özellikle kanunda aksi öngörülmediği sürece ellerinde bulunan yargılamanın akışını etkileyecek nitelikteki delilleri diğer taraflara göstererek *silahların eşitliği ilkesini* güvence altına almaya çalışmalıdırlar.

Avrupa Konseyi'nin "*Ceza adaletinin yönetimi*" ile ilgili tavsiye kararına (Rec.95/12) göre de,

- İş yükünün verimli şekilde yönetimi ile farklı kategorideki davaların uygun işlemlere tabi tutulması için ölçütler belirlenmelidir.

⁴ Bkz. Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, Ankara Barosu Yayınları, 3.bası, 2007.

Bunlar, adli ve diğer ilgili personelin işbirliği ile geliştirilmelidir. Bu standartlara gerekli uyumun sağlanması doğrultusunda kurumlara olanca destek verilmelidir.

- Bu bağlamda, savcılar ve hâkimlerce dosyalar üzerine, sürecin ilk evresinden başlayarak farklılaştırılmış biçimde işlem görmesine olanak veren ayıklama teknikleri geliştirilmelidir.

Türk ceza adaleti sisteminin zayıf yanlarından biri, ceza davalarının *makul süre* içinde kotarılamamasıdır.⁵ Sistemdeki dava yükünün üstesinden ancak zaman zaman çıkarılan genel af kanunları ile gelinebilmektedir. Yargılamadaki iş yükü çıkmazına kalıcı bir çözüm getirmek, siyasetin temel odaklarından biri olmalıdır. Sisteme en son çare olarak başvurulması (*ultima ratio*) ilkesi doğrultusunda çareler üretilmeli (Avrupa Konseyi, Rec. 87-18) ve ülke çapında standart bir uygulamaya kavuşturulmalıdır.

Ceza adaleti sistemindeki iş yükünü dengelemek ve iş akışına hız vermek üzere kendi boyutunda rasyonel bir gelişme örneği için Almanya'da savcılık profilini sergilemekte yarar görülmüştür. Almanya'da ilke olarak mahkemeye intikal edecek suçlardan % 30'u hakkında (bu oranın yarısı savcılıkça öngörülen koşulların zanlı tarafından yerine getirilmesiyle) takipsizlik kararı verilmekte; % 40'ı basitleştirilmiş usullerle çözümlenmektedir: Suçluluğu kanıtlamanın girift olmadığı ve para cezasının yeterli bir yaptırım olacağına öngörülmesi halinde savcılıkça iddianameye ek olarak hâkime "ceza kararnamesi" önerilmektedir. Bu önerinin mahkemece uygun görülmesi halinde ödeme emri zanlıya postalanmakta; iki hafta içinde itiraz edildiğinde ise, normal yargılama süreci yer almaktadır. Geri kalan % 30'u da duruşmalı yargılamaya tabi tutulmaktadır. Ne var ki, Mart 1993 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle önemli iki gelişme kaydedilmiştir:

⁵ 2011 yılı sonu itibarıyla Türkiye aleyhine AİHM önünde toplam 15 bin 940 derdest başvurudan uzun yargılama iddiasını içeren 2.500 (2012 yılı sonuna kadar 3.500) başvuruyu tazminat ödeyerek iç hukukta çözüme kavuşturulması amacıyla beş kişilik Komisyon kurulması ve 9 ay içinde karar verilmesi yasalastırılmıştır. Bkz. 6384 sayılı AİHM'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun T. 9/01/2013; Madde 2-(1) Bu Kanun,

a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar...*makul sürede* sonuçlandırılmadığı,

İddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvuruları kapsar.

1. Savcıların takipsizlik karar verme yetkisi önemli ölçüde artırılmış;
2. Basitleştirilmiş usul seçeneği genişletilerek bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda zanlının avukatı olması halinde savcı cezanın ertelenmesini önerebilmektedir.

Almanya'da hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezaların yalnızca % 6'sı bir yıldan fazla hapis cezasına ilişkin olduğundan teorik olarak *duruşmalı ceza dava sayısı küçümsenecek ölçüdedir.*

A.B.D'de de filtreleme işlevini savcılar üstlenmişlerdir. Savcılar eyalet cürüm tutuklamalarının % 40'ına, federal işlerde de % 80'inde takipsizlik kararı vermektedirler. Öte yandan, "*plea bargaining*" (itiraf pazarlığı diye adlandırılan Savcı ile sanık avukatının anlaşması) yaygın bir uygulamadır. Sanığın itirafı üzerine savcının *de facto* hâkim görevini üstlenerek ya hafif bir suçla veya suçlardan biri veya birkaçını göz ederek veya bir yaptırım teklifi ile mahkumiyete karar verip, ceza tayin etmesidir. Diğer bir anlatımla, savcının suçun derecesi azaltması veya arzulanır bir ceza önermesi karşılığında sanığın hâkim huzurunda yargılanma hakkından vazgeçerek itiraf etmesidir. "*Charge stacking*" / itham yüklemesi girişimi, itiraf pazarlığı sürecinde, kolluk ve savcılarının hazırladıkları sayısız ithamlar karşısında sanığa itirafa yanaşmadığında alacağı risk hatırlatılmaktadır. Sanık ithamlardan bir kaçını itiraf ederek diğerlerinden aklanmaktadır. Yalnız bu yöntemin adli hatalara gebe bir yaklaşım olduğu da bilinmelidir.

Hukuki farklılıklara karşın her iki ülkede de ceza işlerinin çoğu hakkında takipsizlik kararı verilmektedir. Bu Almanya'da gerçek sanık için de geçerlidir. Takipsizlik kararının yüksek olmasının bir nedeni savcılıkça dava açmadaki "mecburilik" ilkesinin" yalnızca *Verbrechen(cürümlere)* uygulanması; ve bu sınırlı suç kategorisinin büyükçe bir suçlu gurubunu(şiddet içermeyen hırsızlıkları da dahil) dışarda tutmasındandır. Almanya'da 1989 yılında mahkumiyet için yeterli kanıt olmasına karşın takipsizlik oranı % 11'i bulmuştur.

Bu istisnalara ek olarak Alman savcılarını ithamlarının ciddiyetini azaltma (*itham pazarlığı*) yanında ceza pazarlığı olanaklarına da sahiptir:

1. Birden fazla ithamın olduğu hallerde, sanık öteki ithamlardan ceza görmüş veya görecek ve söz konusu ithamlar bu cezalara göre ihmal edilebilir nitelikte ise;

2. İthamlara dayalı olarak mahkumiyete gidilemeyeceği ve geri kalan ithamlar için hükmedilen ceza, hukuki düzeni ve yeni suçların önlenmesi açısından yeterli ise,

Takipsizlik kararı verilebilmektedir (StPO §§ 154(1), no.1, 154a-1).

3. Ceza pazarlığında savcının rızası ile daha hafif bir cezaya da hükmedilebilmektedir. Ek olarak taraflar genelde hüküm aleyhine temyiz yoluna başvurmama sözü vermektedirler.

Almanya'da *pazarlık* yönteminde artışın bir nedeni girift ekonomik, çevre ile uyuşturucu madde suçlarındaki artıştır. Bu tür davalarda avukatlar tüm usul seçeneklerinden yararlandıklarında yargılama yıllarca sürebilmektedir. Sanık tarafından yapılan ayrıntılı bir itiraf, öte yandan, duruşmada getirilecek kanıt miktarını önemli ölçüde azaltmaktadır.

Almanya'da savcılığın takdir hakkı, fazlaca ithamlardan mahkumiyet halinde, cezai mahkumiyet için toplama işlemi yapılmadığından önemlidir. Şöyle ki, Alman Ceza Kanunu 54. maddesine göre, toplam hapis cezasının belirlenmesinde 15 yılın üzerine çıkılamaz; toplam ceza, tek tek cezalar toplamı tutarından az olmalıdır. Türkiye'de ise ceza toplamı azami 28 yıl / 30 yıl olmaktadır (CGTİK md 107/1-e).

Ceza davalarında rasyonel bir azalma sağlması⁶ açısından hangi hallerde cezaya başvurulmamasına dair J.Bentham'ın bundan 224 yıl önce aşağıda yer alan uyarısı da göz önüne alınmalıdır:

1. Önlenecek bir eylemin tüme zararlı olmaması (*groundless*);
2. Cezanın zararı önleyici işlev görememesi (*inefficacious*);
3. Sonuçta beliren zararın önlenmesi istenilen zarardan daha büyük olmaması (*unprofitable/too expensive*);
4. Zararın kendiliğinden veya daha ucuz bir şekilde önlenebilmesidir (*needless*).

Bentham, suçlar ve cezalar arasındaki oran konusunda da bazı ku-

⁶ Nitelikli hırsızlık bağlamında(TCK142/1.f) yer alan ağırlaştırıcı neden ortadan kaldırılmıştır. Başlangıçta düzenleme nedeni suç olgusunun fazlalığı, şimdilerde ise davaların çokluğudur. İşte size paradoksal bir reform yaklaşımı için bkz. K. Bayraktar. "Üçüncü Yargı Paketi Reform mu?" Güncel Hukuk Ağustos 2012/8-104, s.7.

rallar koyarak, “sosyal yarar” kavramı ile ilgili bu kuralları şöyle özetlemektedir:

- Suç için saptanan ceza değeri, hiçbir halde, suçun sağladığı yararı gidermek için yeterli olandan az olmamalıdır.
- Suçun neden olduğu zararın büyüklüğü oranında ceza bağlamındaki bedel de büyük olmalıdır.
- İki suçun cezası karşılaştırıldığında, hafif suç için öngörülen ceza insanı ağır suçu işlemeye yöneltici şekilde vaz edilmemelidir.⁷

Aristotles’in de aynı vurguyu yaptığına tanık olunmaktadır: “İnsanlar, bir şeyin yapılabileceğini ve kendileri tarafından yapılabileceğini kendileri varsayıyor olmalıdırlar: ya yakalanmadan yapabileceklerini, ya da yakalanırlarsa cezadan kaçabileceklerini, cezalandırılsalar bile, zararın kazançlarından veya önem verdikleri şeylerden daha küçük olduğunu varsayıyor olmalıdırlar.”

Bu bağlamda hukuk devleti açısından “ölçülülük” ilkesinin önem taşıdığı alanlar vardır. Bunlar arasında güncelliğini koruyan cezai bir tedbir, tutuklamadır. Bu tedbir, ceza soruşturması/ kovuşturmasının hızlı bir biçimde tamamlanması başka bir biçimde güven altına alınmadığı ölçüde ve alınamaması koşuluyla adildir. Tutuklama artık istisnai nitelikte olmalıdır. Önce düşünülmesi gerekli husus, adli kontrolün uygulanmasının gerekip gerekmediğidir. AİHM’si “suçun niteliği, kanıt durumu ve dosyanın içeriği” gibi şablon gerekçeler kullanılmasını, tutuklama gerekçelerini detaylandırılmamasını bir ihlal nedeni olarak görmektedir. Bu normatif gerçeğe, 5271 sayılı CMK 101. maddesi 2. fıkrası aşağıdaki biçimde değiştirilmiştir(5/07/2012):

“(2) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda,

- a) Kuvvetli suç şüphesini,
- b) Tutuklama nedenlerinin varlığı,
- c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

Gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.”

⁷ J.Bentham. Principles of Morals and Legislation A Dolphun Books,1961, ss.162-168.

CMK. 109. maddesinde yapılan değişiklikle de,

“(1) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100. maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine *adli kontrol* altına alınması karar verilebilir.”

Kuşkusuz, tutukluluk süresinin saptanmasında ölçülülük ilkesi özenle uygulanmalı ve tutuklama suçun ağırlığı ile, tutuklama süresi de tahmini olarak beklenen ceza ile oranlı olmalıdır (Yücel:2011 ve Avrupa Konseyi, Rec.80-11).⁸ Bu bağlamda, tutuklu kalınan süre dağılımı tutuklu ve hükmen tutuklulara göre periyodik olarak yayınlanmalı; salıverilenler ile hükmen tutuklulardan beraat edenlerin tutuklu kaldıkları süre dağılımına da bu tablolarda yer verilmeli;⁹ beraat eden tutukluların kamu maliyesine bedeli yıllık bazda gösterilmelidir. Bu bağlamda, CMK. 231/3 maddesinde “*Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hal varsa bu da bildirilir*” normu karşısında hâkimin belirlenen ilkeler doğrultusunda tazminatı resen hesaplayarak (Almanya’da tutuklu kalınan her gün için 25 Euro) düzenlenen çek’in dijital imzaya bağlanarak sanık adresine postalanması **hükmüne 4. Yargı Paketinde** yer verilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

İstatistik verilere bakıldığında, Almanya’da tutuklu oranı toplam cezaevi nüfusunun %28’i(12.222) idi(31/12/1989). Tutuklama nedenleri dağılımına bakıldığında dağılımı şöyledir:

Nedenleri	%
Kaçma/ Kaçma tehlikesi	96
Kanıtlara müdahale tehlikesi	5
Yeni suç işleme tehlikesi	2

Not. Bazı tutuklamalarda birden fazla nedene tanık olunmuştur.

⁸ Uzun tutukluluk süresine bir çözüm yöntemi olarak İtalya ve Fransa’da kişinin kesinleşmiş hükmünü beklediği süre, aldığı mahkumiyet cezasının yarısından fazla olamayacağı normlaştırılmıştır. Kişi on yıl hapis cezası aldıysa, beş yıldan fazla Yargıtay sürecini bekleyemez.

⁹ “Tutuklu % 27 azaldı”(!) Hürriyet (6/01/2013) s.20; M.T.Yücel. “Tutuklama Siyasetinin Aritmetiği” Güncel Hukuk Ocak 2010/1-73, ss.16-19; Prof. B.Öztürk: “Tutuklama, koruma tedbirinden çok, öne çekilen cezaya dönüştü.” Haber Türk(3/10/2010); A. Sözüer. “Türkiye’de tutuklamaların % 99’u hukuka aykırıdır.”: Ezgi Başaran’ın Prof. Dr. Adem Sözüer’le söyleşisi, Radikal (21/01/2013); CMK 100. maddesi 4. fıkrası da, “(4) Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez” değişikliği (5/07/2012) ile “yargısal aktivizim” olgusu vurgulanmıştır. Bkz. T.Akyol. Yargısal Aktivizim” Hürriyet (28/01/2013) s.16.

Almanya'da genel kural olarak, duruşma öncesi tutukluluktan, özgürlükten yoksunluk davanın önemi ve beklenen cezaya orantısız olduğunda, kaçınılması emredilmektedir (StPO § 112-1). Bu kurala karşın ampirik bir çalışma, duruşma öncesi tutuklu sanıklardan yalnızca % 55'inin hapis cezası aldığını göstermiştir. Bu sonuç yaptırım olarak hapis cezasına başvuru oranının Almanya'da düşük olmasına referansla irdelenmelidir. Bu türden veri saptamalarına ülkemiz açısından gereksinme olduğu açıksa da, çok sanıklı ve çok klasörlü soruşturmalarda yasal süreler içinde yeterli inceleme olanağı olmadığından, kanıtlardan çok suçlamanın ağırlığına bakılarak veya kaçır mı, kanıtları karartması mümkün mü diye özenli bir araştırma yapılmaksızın tutuklamaya karar verilmesi gibi kötü örneklerle 2010-2012 yılları Türkiye'sinde tanık olunmuştur.¹⁰

Hâkimlerin dava yönetimindeki tutum ve davranışlarının adaletin kalitesi/estetliğini etkileyen öğelerden biri olduğu göz ardı edilmemelidir. Kuşkusuz, *yargılama* avukatlar/ taraflar için "*çile çekme*" süreci olmamalıdır. Bu kategorik önermeye karşın hâkimlerin kişisel özellikleri nedeniyle mahkeme bazen duvarlaşmakta; taraflar için hiç te hoş bir deneyim olmamakta; hâkimler de, "*mahkeme kadiya mülk değildir*" atasözünü göz ardı etmektedirler.

Çoğu insanlara özgü bir saik olarak "*ilgiye*" /popüler olma ve saygı görmeye hâkimlerin de ihtiyaçları yok mudur? Var ise, ilgili çevresinin onayına (Yargıtay'ı da içermek üzere, halk, hükümet kurumları, meslektaşları, sosyal çevresi) dayalı bir (eller desin davranışı) yaklaşım sergilemedikleri kim ileri sürebilir? Sosyal ve profesyonel çevresi ile içtihatların kararları yönlendirmesindeki etkileri ne ölçüde olmaktadır? Hâkimlerin şiddet/cinsel suçlular hakkında psiko-kriminolojik bilgileri (sanıkların ilerde mükerrir olup olmayacaklarını tahmin) keçilerin koyunlardan ayırdı gibi tanıkların güvenilirliğini sağlama yetileri ne ölçüdedir? Bu alanlarda makul sayılabilecek ölçüde ölçütler kullanılması gerekmez mi?

Gerçeğin kalitesi, her zaman bir olayı aydınlatma amacına hizmet eden yargılamanın kalitesine bağlı olacaktır.

¹⁰ Bizler için kritik soru görünüşte benzer/aynı olan terimlerin/kavramların nasıl olup ta ^{ülkemizde} mutasyona uğrayarak farklı anlamları yansıttığını görememektir.

Ceza Davalarında Karar Analizi

Bir kararın meşruiyeti açısından kararın hukukun temel kuralları ve ilkelerine dayalı ve onlarla uyumlu olması temel bir gereksinimdir. Yargılama sürecinde birincil olarak hâkimin yorumu açısından şu üç alan önemlidir:

1. Bir olay *sonucunu* yeniden yorumlama;
2. Olay *nedenini* yeniden yorumlama; ve
3. İlgili kişinin karakterini yeniden yorumlamadır.

İkinci olarak, karar gerekçesi/analizinde aşağıdaki sorular gözetilmelidir:

- a) Suçlu, eylemindeki nedensel rolünü örtmekte veya minimize mi etmektedir? veya
- b) Suçlunun saikleri ile sorumlu seçimlerini belirleme ve açıklamada başarısız mı olundu?

Karar gerekçesinde,

- c) Olaylara diğer güçlerin (örneğin alkol, uyuşturucu madde/ ilaç, kumar, öfke, aşırı duyarlık v.s.) neden olup olmadığı? veya
- d) Diğer kişilerin gerçekten sorumlu olabileceği mi önerilmektedir?

Karar gerekçesinde,

- e) Gerçek bir nedenin olmadığına mı işaret ediliyor ? veya
- f) Olayların açıklanamaz veya kaçınılmaz türden olduğu mu önerilmektedir?

Karar gerekçesinde,

- g) Suçun mağdura yüklenilmesi arayışı içinde mi ? veya
- f) Suçlunun kendisinin de, bir biçimde, mağdur olduğuna mı işaret edilmektedir?

Karar gerekçesinde, suçun işlenmesinde diğer bazı nedensellik faktörlerden söz edilmesi kararın yanlış olduğu anlamında değildir. Kuşkusuz, diğer nedensellik faktörlerin belirtildiği ve açıklandığı du-

rumlar olabilecektir. Yalnız, bu faktörlerin kararda işlenmesi dengeyi bozduğu ve suçlu davranışın nedensellik rolünü gölgelediği veya minimize ettiğinde burada sorun olduğu belirebilir. Gerçekte sorun, diğer nedensel faktörlerin belirlenip belirlenmesi olmayıp; gerekçede, bu faktörlerin dengeli bir şekilde irdelenip irdelenmemesidir.

Üçüncü olarak, suçluların karakteri bağlamında, karar gerekçesinde, aşağıda öğeleri içerir şekilde suçlu karakteri tamamen tasvir edilmiş midir?

- a) Suçlu davranış (kanıtlanan veya itiraf edilen) ve
- b) Sosyal araştırma raporundaki (SAR) öz geçmişi.¹¹

Karar gerekçesi, suçlu tarafından üçüncü kişilere (psikolog veya psikiyatra) verilen ve kanıtlarla test edilmeyen ifadeler mi dayanıyor?

Karar, kanıtlanmış ilgili olguları göz ardı veya minimize mi etmektedir?

Kuşkusuz, kararda suçlu kişinin kanıtlanmış, hem olumlu ve hem de olumsuz yanlarını içeren, etraflı bir karakter profiline yer verilmelidir. “Çoğu suçluların ne tamamen iyi veya tamamen kötü olamayacağı” varsayımından hareketle karar yalnızca suçlu karakterinin bir yönüne vurgu yaptığında isabetsizlik olacağı bilinmelidir. Burada da sorun, irdelemenin dengeli ve adil/ölçülü olup olmadığıdır.

Kararda ayrıca şu sorulara da yanıt bulunmalıdır:

1. Suçlu davranışın gerçek sonuçları yeterince belirlenip, uygun ayrıntılarla ve kolayca anlaşılır bir dilde tasvir edildi mi? Yoksa görüşten gizlenip, minimize mi edildi veya teknik bir anlatım arkasında mı gizlendi?
2. Kararda, yeterince gerçek mağdurların değerine, ihlal edilen haklarının önemine ve onlara özgü kayıpların gerçek değerine işaret edildi mi?

¹¹ Şimdilik (12-15 yaş grubu için) çocuk mahkemelerinde norm haline getirilen SAR, hazırlandığı koşullar ve buna dayalı içerikleri çocuğun psiko-sosyal dünyasını yansıtmaktan yoksun olarak *sosyal görüşme* raporuna dönüşmüştür. Bkz. V. İrtiş. “Çocuk Mahkemelerinde Görev Yapan Yargıçların Tecrübeleri Üzerinden Türkiye’de Çocuk ve Genç Ceza Adaleti” Uluslararası Çocuklar için Adalet Sempozyumu (5-7/ 2012-Ankara).

Ceza mahkemelerince özellikle çetin davalarda(*hard cases*) verilen kararların ne ölçüde yukarda yer alan analizleri içerip içermediği birer proje konusu yapılmalıdır.¹²

Şimdi, ceza davalarında kanıtlar arasında güncelliğini koruyan ve zaman zaman adli yanlışlara neden olan *tanık psikolojisi* irdelemektedir.

Duruşma hâkiminin mantığını (1) ilgili kanıtların ayıklanması ve (2) uygulanacak kuralların seçimi oluşturmaktadır. Kanıt açısından hâkim de *tanıkların tanığı* işlevini görmektedir. Bu bağlamda, dikkatsizlik veya diğer etmenler veya gözlemlerin hatalı olarak derlenmesi sonucu tanık ifadelerinin iyi algılanmaması davanın olgusal belirlemesini etkilemektedir. Daha da önemlisi, hâkimin belli bir tanığa olan tepkisi veya bilinç altı eğilimi de (örneğin azınlıklara, etnik gruplara karşı olması ve klişe tipler) işlev görmektedir.

Tanıkların çatışan ifadeleri karşısında gerçekler, adli olarak saptanan gerçeklerdir. Bunlar yargılama öncesi var olmayabilirler. Dirayetli bir **hâkim** olmak, kanıtlar totalinde nelerin elimine edileceğini bilmektir. Yukarda (1) ve (2)'deki işlevlerin her birine verilecek yanıt diğerine verilecek yanıtı dayalı olduğundan, bunlar birbirine kesinlikle irtibatlıdır. Aynı şekilde, avukat ta gerçekçi tuğlalar üzerine savunma binasını kurmalıdır. Avukatın davaya özgü konuşma stili binanın yalnızca harcını oluşturmaktadır. Avukatın kendisine yardımcı olabilecek bazı gerçekler olmaksızın, salt hüneriyle sonuç alması düşünülemez. Avukatın hüneri eldeki kanıtların kendi müvekkili lehine değerlendirilmesini sağlamaktır. Bu yeti de meslekte zamanla kazanılmaktadır. Hâkim, bir argümanın ne derece güçlü olduğunu, tüm akıl gücünü onun şekillenmemesine adanmış birinin dudaklarından çıkıncaya kadar bilemez. Bu avukatın işlevidir. Onun görevi karar vermek değil, *ikna etmektir*. Ondaki davasını renksiz ve soyutlanmış bir şekilde sunması yerine, müvekkiline en uygun gelecek şekilde görüntü verecek sunuş beklenmelidir. Avukat ışık altında her yüzeyin görünmesi için bir elması çeviren kuyumcu gibi değildir. Avukat elmasın tek bir yönünü açıkça vurgulamak üzere onu sabitlemektedir.

¹² Bkz.S.Ergin. "Dijital delillerdeki sorunlar sürüyor: Balyoz Gereççeli Karar (1-2) Hürriyet (17-18/01/2013) s.18.

J.Dewey'e (1859-1952) göre, bir davanın gerçeği gözleme dayalıdır. J. Frank (1889-1957) ise, bu önermeyi sorgulamaktadır. O'na göre, Dewey, adli soruşturmanın şu iki zayıf yanına değinmemiştir:

- Tanığın doğrudan gözlemindeki kusurlar,
- Tanıkların güvenilirliğini saptamada hâkimin başvurduğu metotlardaki kusurlardır.

Gerçekte, yargılama gerçeğinin birinci ayağı üç aşamalı bir seçim işlemidir:

1. Tanıklar geçmişte gözlemledikleri çıplak, ham olaylar hakkında bir seçim yapmaktadır. Seçimleri yalnızca onların görme, işitme, dokunma veya tatma duygularına dayalı olmakla sınırlı kalmayıp, seçim yaptığı sıradaki duygusal durumu, eğilimi veya yalanı alışkanlık haline getirmesi gibi niteliklerden de etkilenmektedir.
2. Sözlü olarak ifade veren tanıklar farklı beyanda bulduklarında duruşma hâkimi bu beyanlardan bazılarını inanıp bazılarını da göz ardı etmek suretiyle bir seçim yapmaktadır.
3. Duruşma hâkimi, önceden seçilmiş olan bulgulardan tipiklik açısından normun unsurlarına uygun olanları seçerek bir sonuca varmaktadır. Karar sürecindeki bu psikolojik dinamikler gerçeğini Charles Darwin otobiyografisinde, "*kendi teorisi ile uyumlu olmayan deneysel bulguları*" dikkatlice not ederken, "*teorisini pekiştirenleri*" ise her zaman hatırladığını belirtmek suretiyle vurgulamıştır.

İşte, tanıkların tanığı durumundaki duruşma hâkimlerinin, tanıkların zafiyetlerinden etkilenebileceği; hâkimlerin belleğinin de multi-medya (ses, görüntü ve metin) içerikli olmadığı unutulmamalıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde, suç gerçeğine ait bulgular, ilk önce tanıklarca ve sonrada gerçeği bulması gerekenlerce olmak üzere iki kez yeniden oluşturulmaktadır. İşte, böylece yargılama sonuçta öznellik üstüne oluşturulan bir öznelliktir. İşte bu gerçeği algılayan A. Gide, kaygısını "*insan adaletinin ne denli kuşku verici ve iğreti bir nesne olduğunu*" belirterek dile getirmiştir.

İfadeyi değerlendirme durumunda bulunan sistem aktörlerinin çoğu, yalanı yakalama yeteneğinden yoksundurlar. Hâkimler, savcılar ve dedektifler söylenen yalanın % 50'sini kaçırmaktadırlar.

Uygulamada, mesleki deneyimlere dayanılarak tanıklara özgü aşğıdaki faktörler saptanmıştır. İşte tanık beyanlarının gerçeğı yansıtır yansıtmadığını saptamak için belirtilen bu faktörlerin hâkimlerce irdelenmesi gerekmektedir.¹³ Anılan faktörler şunlardır:

1. Tanık anlatımı kendi içinde tutarlı mı? Diğer bir ifade ile tanığın söyledikleri kendi içinde çelişkili mi?
2. Diğer tanık beyanları ile tutarlılık gösteriyor mu?¹⁴ Tanıklar yüzleştirildi mi?
3. Belgesel delil, taraflarca kabul edilen gerçekler veya herkesçe bilinen veya deneyimle sabit olan gerçeklerde olduğu gibi tartışma götürmeyen gerçeklerle tutarlı mı?
4. Tanığın fiziki (örneğin görme bozukluğu veya zayıflığı, renk körlüğü) veya akıl zayıflığına (patolojik *amnesia*) ilişkin bulgular ile dürüstlüğü hakkındaki yaygın kuşkular göz önüne alınarak tanığın "güvenirliği" değerlendirildi mi?¹⁵

¹³ J. Vennard. *Contested Trials in Magistrates' Courts*. Home Office, London 1982 p.23; Schroeder/ Yenisey. *Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial) İst.*, 1997 s.68: "Yaşanan olaylardan, insan yalnızca kendi ilgi alanına girenleri algılamaktadır. Örneğin bir tanık, şahit olduğu trafik kazasından sonra kendisine sorulduğunda, kadın ise, arabadaki diğer kadının giydiği elbisenin model ve rengini rahatça hatırlayabilmekte, tanık erkek ise, otomobilin marka ve modelini söyleyebilmektedir. Bu nedenle, tanık beyanı noksanları göz önünde tutularak değerlendirilmelidir." Yalancıyı ele veren ipuçları için bkz. D. J. Lieberman, *Size Kimse Yalan Söyleyemez* Vatan (15/05/2004) s.13: Yalan söyleyen kişi göz temasından kaçınır, göz göze gelmemek için elinden geleni yapar; kendisini itham eden insandan uzaklaşmak isteğıyle muhtemelen bakışlarını kapıya doğru çevirir.

¹⁴ "Hakareti içeren sözlerin varlığı açısından olay tanıklarının anlatımları arasındaki çelişkilerin giderilmesi, giderilmediğı takdirde hangi anlatımın üstün tutulduğunun açıklanarak hüküm kurulması gerekmektedir." Yargıtay 4.C D. E:93/10018, K:94/127).

¹⁵ Suçlular, tanıklar, mağdurlar yalan söylemektedirler. Bunlar arasında doğru söylemeye çalışanlar bile bazı şeyler hakkında yalan söylerler. Yalan makinesinin kesinliği bir görüşe göre % 90 iken, diğerine göre ise % 70'dir. Hakkında test uygulanan kişinin sakin ve uygulayıcı ile sıcak bir ilişki içine girmesi (*dostane olma*) sonucu yanıltma olasılığı oldukça fazladır. Birincisi, insanın öyle irade etmesi, ikincisi kendini o şekilde eğitmesi ile sonucu etkileme riski daima vardır. En geçerli yöntem beynin yanıtlarını nesnel olarak saptamak olacaktır. Kişinin işlediğı bir suç beyin kaydederek saklamaktadır. Kişi dürüst olsun veya olmasın, nedamet getirsin veya getirsin beynin sorgulama sırasında kendiliğinden yanıt verebileceğine kuşku duyulmamalıdır. Beyin tanıdığında "işte" diyebilecek bir yanıtla kendini vurgulayacaktır. Kuşkusuz, masum kişi bakımından yapılacak bir sorgulamada beynin tanış olmadığı bir olay hakkında tepki vermesi söz konusu olmayacaktır. İşte bu gelişmelerle, hikaye uydurmak/yalan söylemek gittikçe

5. Tanık tarafından ifade edilen husus veya hususların olması veya olasılık dışı olup olmadığı belirlendi mi?

Tanıkların bilerek veya bilmeyerek birçok insanın mutsuzluğuna, hürriyetten yoksunluğuna sebebiyet vermemesi için yukarıda özet olarak verilen sorular değerlendirilmeli; tanık yüzlerinin değişen fizyonomisi eski Çin özdeyişinde olduğu gibi “bir resim binlerce kelimeye eşittir”i kanıtlar fotoğraflar olduğundan önemli davalarda tanık ifadelerinin multi-medya ortamında saklanarak hüküm öncesi izlenmesi sağlanmalıdır.¹⁶ Bu yetenek ceza adaleti sistemi aktörlerine kazandırılmalıdır. Çağdaş psikolojik bulgular karşısında bu durum bir gereklilik olup; tanıkların güvenilirliğini değerlendirme hususunda bir kuşku belirmesi halinde ise, «kuşku sanık lehine yorumlanır» *dictumum* egemen kılınmalıdır.¹⁷

Bu bağlamda, terörizm, organize suçlar, uyuşturucu madde kaçakçılığı gibi kişilerin tanıklığı ile beliren suçlarda *tanıkların korunmasına* gereklilik bulunmaktadır. Bu konuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin *Tanıkların Yıldırılması ve Savunma Hakları*, Rec (97)13 ve *Tanıkların ve Adaletle İşbirliği Yapanların Korunması*, Rec (2005) 9 sayılı kararları, 5726 sayılı *Tanık Koruma Kanunu* (27/12/2007) ve CMK'da (58/2, 58/3) düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁸ Kuşkusuz, tanık koruma tedbirleri, tanığı ya da adaletle işbirliği yapan kişilerin yıldırılmasını engellemek ya da işbirliği yapma kararının tehlikeli sonuçlarına karşı, her türlü tedbirin gerçekte ne derece etkili ve işlevsel olduğu “en iyi uygulama” örneğine göre araştırma projesi ile irdelenmelidir. Öte

zorlaşacaktır.

¹⁶ Bkz. O. Akbal. Tanıklık üzerine, Cumhuriyet (21/1/1974); H.Pulur. “Tanıklık” Deyip Öteye Geçmeyin. Milliyet (22/04/1976 s.5; M.Feyzioglu. Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ank., 1996 ss. 377-398; “Tehdit edilen tanık katil oldu” Sabah (7/07/2007) s.5; Yeni CMK 52-3. maddesine göre “(3) *Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir*” (Audio-Visual Medium).

¹⁷ Bkz. J. Frank, Courts on Trial. Atheneum New York, 1963; J.Frank and B. Frank. Not Guilty, New York, 1957 pp.199-249 A.Gide. Cinayet Mahkemesi Anıları (Çev. S.Selçuk) Ank., 1983; A. Alsancak. “Mahkemede Nasıl Davranacağımızı Bilmiyoruz.” Tempo sayı 27, ss.34-35; P.D.,Blanck, R.Rosenthal ve L.H. Cordell: The appearance of justice: judges’ verbal and nonverbal behavior in criminal jury trials; Stanford Law Review, 38, 89-151, 1985.

¹⁸ Bkz. E.E.Aksoy. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ...Tanıkların Korunması” Erden Kuntalp’e Armağan Galatasary Univ.Hukuk Fak.Derg. C.II, 2/2004, s.298; N. Erdem. “Tehdit edilen tanık katil oldu” Sabah (7/07/2007) s.5. Tanıkları koruyabilirsek de, ya yakınları...soru işareti olarak kalmaktadır.

yandan, tanık olarak gelip, saatlerce mahkeme önünde bekleyen, sanık/ taraf yakınlarının(tehdit edici bakışları) ile yüz yüze gelen, kendileri tanıklık yaparken çocukları için bir oyun bekleme odası/oyun bahçesinden yoksun kalan ve tanıklık sonrası genelde kendilerinden bir "teşekkür" kelimesi esirgenen diğer tanıklar için *de facto* durum saptaması yapılarak hak ettikleri tretmana tabi tutulması; ceza davalarının yeni davalar doğurmaması için adliyelerde gerekli önlemler alınmalıdır.

Ceza davalarında hükmedilen ceza yaptırımları dağılımına baktığında Almanya Türkiye'den daha az cezacı gözükmektedir. Almanya'da trafik suçu dışında yetişkinlerce işlenen suçlardaki, mahkumiyetlerdeki yaptırım dağılımı (1990) şöyledir:

Yaptırım türü	%
Para cezası	78,5
Erteleme	14.2
Hapis	7.2

Bu yaptırım türleri açısından Türkiye'ye bakıldığında (2011) ne kadar cezacı olduğumuz görülmektedir.

Hapis	229.747 (%18.5)
Para Cezası	364.028 (%29.3)
Hapis-Para	50.166 (%5.9)
Erteleme	79.893 (%6.4)
Güvenlik tedbiri	181.537 (%14.6)
Tazyik hapsi	174.599 (%14.6)

Bunu etkileyen ve cezaevlerinde kapasite üstü mahpus barındırmak sorunu ile karşılaşmamızın altındaki tek neden yeni TCK ve CGTİK ile cezalar ve cezaevinde kalınan ortalama sürenin artması, sonuçta baskıcı bir ceza hukuku rönesansına tanık olmamızdır. Sonuç ürün cezaevi nüfus yoğunluğunda Rusya'dan sonra ikinci sıraya yükseldik.

Avrupa cezaevlerinde 100.000 genel nüfustaki oran

Finlandiya	60
Danimarka	68
İsveç	70
Norveç	71
Almanya	80
Hollanda	82
Belçika	100
Fransa	101
Avusturya	104
İtalya	108
Yunanistan	111
İngiltere	149
Türkiye	190*
Rusya	490

“Cezaevi Nüfusu Demir Yasası”na göre, cezaevi nüfusu, girenler sayısı ile ortalama kalış süresine bağlı bulunmaktadır. Bu faktörlerden biri değiştiğinde cezaevi nüfusu da değişecektir. Bu yasanın paralel çıkarımı da aynı derecede önemlidir: Cezaevine girenler veya ortalama kalış süresini azaltmadan nüfus kabarıklığını gidermenin çaresi yoktur. Öte yandan, kabarık cezaevi nüfusuna devamla suç oranında önemli derecede zorunlu bir azalmaya tanık olunamayacağı da bilinmelidir.

İşte ölçütler/sapmalar bağlamında 100.000 nüfustaki mahpus sayısının da 2007 yılından itibaren (129) artarak (11/02/2013 tarihi itibarıyla 190) bulması ve yıllardır ceza adaleti sisteminde yüksek olan zaman aşımından düşen dava sayısının 2011 yılında 340.834 olmasına bakarak ceza adaleti sisteminde ceza siyaseti ve uygulaması açısından kritik ölçüde bir sapmaya (*deviation*) tanık olunmaktadır.

Zamanaşımından düşme dağılımı

C. savcılıkları	267.920
Ceza mahkemeleri	34.240
Yargıtay	38.674
Toplam	340.834

* 11/02/2013

Özetle, bir kuşun uçuşu için nasıl iki kanadını kullanması gerekirse, hâkimlerin yargıya özlenen dinamizmi verebilmeleri için bilim (normatif düzenlemeler/içtihatlar) yanında (uzlaşma, yargılama süreci, psikolojisi ve cezaya hükmedilmesi gibi konularda) sanatkar tarafını geliştirmeleri; usul hukuku her mahkemeye özgü olmaktan çıkıp, standart bir uygulamaya kavuşturulmalıdır.

Öte yandan, demokrasi bağlamında hak koruması ve işlevsel etkililik için araştırmaya odaklanılarak, yinelenen şu sorular devamlı olarak gündemde tutulmalıdır: Kurum/ tedbirler ne türden bir işlem veya işleve hizmet için vaz edilmiştir? Bu işlev (örneğin savcıların filtre işlevi) tatmin edici bir şekilde yerine getirilmekte midir?¹⁹ Bu sorular ile aşağıdaki tabloda sergilenen mağdur eksenli “sorunlar” üzerinde önemle durulmalıdır. *“Açmadılar başından tanrılar her şeyi ölümlülere; Ama bizler zamanla buluruz arayarak iyiyi.” Xenophanes.*

SORUNLAR

- Ceza adalet sisteminin işleyişi “bazı durumlarda mağdurun sorunlarını hafifletmek yerine arttırması;
- Ceza adaletinin temel işlevlerinden birinin mağdurun ihtiyaçlarını karşılamak ve çıkarlarını güvence altına almak olduğunun göz ardı edilmesi;
- Mağdurun ihtiyaçlarının, ceza adalet sisteminin her aşamasında daha fazla dikkate alınması gerektiğinin yeterince algılanmadığı;
- Adli yardım ve CMK avukatlığında kalitenin göz ardı edildiği;
- Tensip işlemine özen gösterilmediği,
- Kırtasiyecilik (görevsizlik/yetkisizlik kararları ötesi),
- Gereksiz gözaltı ve işkence iddiaları, ve
- Adli hatalar.

¹⁹ İngiltere’de 1951 yılında Başsavcı Lord Shawcross tarafından söylenen şu söylev tüm Başsavcılarca benimsenmiştir: “Bu ülkede işlenen suç eylemlerinin otomatik olarak kamu davasına konu olması hiçbir zaman kural olmadığı gibi gelecekte de olacağını beklemiyorum.” Gerçekçi bir suçluluk ihtimalinin nesnel bir test olarak ele alındığı İngiltere’de Savcıların filtre işlevindeki ilkeler için bkz. Ankara Barosu. Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi-İstisari Ziyaret Raporu, 11-19/07/2004, ss.60-61: *Savcılar yalnızca kanıtların değerlendirilmesi bağlamında vardıkları kanaatin, mahkemenin sanığı suçlu bulma ihtimalinin suçsuz bulma ihtimalinden fazla olacağı yönünde kendilerini tatmin ettikleri zaman soruşturmaya girişebilirler.* Ayrıca Bkz. Adalet Bakanlığı. İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Ed.İ. Doğan) 2009.

Suç sorunu çözümlenecekse, suçlular yanında mağdurlar, durumlar ve yasal düzenlemeler birlikte ele alınmalıdır. Her suçlu, davranışı ile kendisi hakkında olduğu kadar toplum hakkında da bir yorum getirmektedir. İşlenen suç, bazı hallerde, suçlu hakkında fikir verirken, diğer hallerde ağırlık noktası topluma yönelik olmaktadır. Diğer bir anlatımla, suçlular topluma kötü bir uyum içinde olabilecekleri gibi toplumda suçlulara karşı kötü bir uyum sergileyebilmektedir. Bu doğrultuda tüm programlar ceza adaleti sisteminin mağdurlar ve toplum lehine modernize ve yeniden dengelenmesine odaklanmalıdır. Bu yaklaşım, suçlunun serbest kalması / masum insanın mahkum olmasının da adli hata²⁰ olduğunu kabullenerek mahkemeleri XXI. asra getirecektir. Modern bir ceza adaleti sisteminden herkes adil, hızlı ve etkili bir adalet (*fair procedure effect*) beklemektedir.²¹

Benzer sorunlarla karşılaşan Batı dünyasının ceza adaleti sistemleri birbirine oldukça benzerdir. Sorunlar, sınırlı kaynaklar, siyasi baskılar, genelde *de-jure* hukuk ile davaya özgü hakkaniyet arasındaki çatışma, soruşturma evresinde adli kontrol çabasına karşın kolluğun egemenliği ve sistemin bir kısmına özgü reform eğiliminin diğer kısımlarındaki telafi edici değişimle saf dışı edilmesi eğilimi gibi faktör-

²⁰ "Bireyleri cezalandıran tüm sistemlerde masum bir insanın cezalandırılması riski de bulunmaktadır ve böyle bir sistem büyük sayıda insanı kapsadığından bu durumun gerçekleşmesi kaçınılmazdır (R. Nozick:139). Bu nedenle bilinçli ya da bilinçsiz "şamar oğlanı" (*scapegoat*) felsefesi yargılamaya egemen olmakta; bu durum bazen bir şamar oğlanı bulunmasını gerektirmektedir. Suçlu veya ihlal edici olarak hüküm altına alınanların çoğu ise, hukuk felsefesinin bir kişiyi suçlamak ihtiyacına uyarlı hiç bir şeyi de gerçekte yapmamış olabilirler. Adli hata, olgusal bağlamda suçsuz olan bir insanın mahkumiyeti ile suçsuzluğu belirmemesine karşın olgusal suçluluğu hakkında makul kuşku duyulan mahkumiyetleri veya beraatleri kapsamaktadır. İdeal hata oranı sıfır ise de, gerçeği yansıtmayan kanıtlara dayalı adli hatalara tanık olunmaktadır. Bu adli hatalar (*miscarriages of justice*) veya suçlunun hak ettiği cezadan az veya fazla cezaya mahkumiyeti kitle psikolojisi üzerinde tahripkar etkiler yaratmaktadır. İşte kamu vicdanını rahatsız eden bu olguların yoğunlaşması halk katında düzene uyumda isteksizlik yaratmakta, kitleyi, protesto eylemlerine itmekte; sonuçta kamu düzeni ve sosyal uyum bozulmaktadır. Eflatun'a göre adaletsizliğin en aşırı biçimi yanlışın doğru yerine geçiyor olanıdır.

²¹ Bkz. A.E. Lind ve T.R.Tyler. *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press, 1988; Ceza Adaleti Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi için bkz. cas@adalet.gov.tr; E. Zola. *Gerçek Yürüyor-Dreyfus Olayı* (M.Tuncer) K Yayınları, İst., 1976; *Yargı paketlerine* dönüşen HSYK tarafından düzenlenen bölgesel toplantılar tabanını genişletmek üzere her gün aynı sorunlarla karşı karşıya gelen savcı ve hâkimlerin dijital ortamda daha aktif olmaları gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

leri içermekte(*hidrolik sistem*);²² her ceza adaleti sisteminin de retorikle değil, ampirik sonuçlarla yükselmekte ve düşmekte olduğu;²³ savcı ve hâkimlerin içselleştirmediği/standart bir uygulamaya kavuşturulmadığı bir siyasetin işlerlik şansı olamayacağı bilinmelidir.²⁴

Ölçütler/sapmalar bağlamında yıllardır ceza adaleti sisteminde zaman aşımından düşen dava sayısının yüksek olması; 2011 yılında 340.834'ü bulması; 2007 yılında 100.000 nüfusta 129 olan mahpus sayısının artarak 11/02/2013 tarihinde 190'ı bulması sistemde ceza siyaseti ve uygulaması açısından patolojik ölçüde bir sapma(*deviation*) göstergesine işaret ettiği belirtilebilir. Bu sapmaların sistemdeki tüketiciler (şüpheli, sanık ve mağdur) üzerindeki psiko-sosyal etkileri göz önüne alınarak terapötik hukuk bilimi acilen devreye sokulmalıdır.²⁵

²² Ceza davalarına özgü sistematik yaklaşım için bkz. Y.Ünver ve H. Hakeri. Ceza Muhakemesi Hukuku, adalet, 2011; yeni Türk ceza siyasetine eleştirel bakış için bkz. M.T.Yücel. Yeni Türk Ceza Siyaseti, İmge, 2011.

²³ Bkz. H.Ökçesiz. "Yargı, Yargıç, Devlet ve Hukuk Gerçekliğinde Temel İşlevsel Sorunlar" Yargı Reformu-Sempozyum(18-20 Haziran 2008), s.406.

²⁴ Bkz. S.Ergin "Savcılar lehte delilleri tutabilir mi?" Hürriyet (9/04/2011), s.20.

²⁵ Terapötik hukuk bilimi(TH), hukukun terapötik bir ajan olarak rolünü incelemek üzere hukuk ve sosyal bilimlerin birlikteliğini içeren disiplinler arası bir alandır. TH akıl sağlığı ve etkilediği bireylerin akıl sağlığı üzerindeki kaçınılmaz sonuçları olan sosyal bir güce işaret etmektedir. TH, sosyal güç odakları olarak hukuk kuralları, usulleri ve sistemdeki aktörlerin ekseriya bilinçli veya bilinçsiz terapötik veya anti-terapötik sonuçlar ürettiğini tanımaktadır. Bu bilim dalının belirgin amacı terapötik sonuçları maksimize ederken, anti-terapötik sonuçları minimize etmektir. Bu nedenle, kişilerin psikolojik ve duygusal sağlıklarına ve refahına odaklanmaktadır. Bu amaçla, daha fazla terapötik sonuçlar elde etmek üzere yasalar ve usullerin uygulanması veya reformu konusundaki öneriler ağırlık merkezini oluşturmalıdır. Bu bağlamda, sistemde hâkimler, savcılar, avukatlar, denetimli serbesti görevlileri ile kolluk görevlileri içeren aktörlerin davranışları değerlendirilmelidir. *Terapötik sonuç* terimi genelde sağlıklı psikolojiyi simgelemekte; stres, endişe veya tahrikten uzak veya olabildiğince azaltılmasını içermektedir. İşte yasalar, usuller ve sistemdeki aktörler belli işlevsel davranış veya düşünceleri teşvik veya beslediklerinde kişiler için terapötik olabilirler. Bkz. M.T. Yücel. Adalet Psikolojisi, 8. Bası, Ank., 2013; M.T.Yücel. Hukuk Felsefesi, 3. Bası, Ank.,2009.