

YARGILAMADA OBJEKTİFLİK VE TARAFSIZLIK

OBJECTIVITY AND IMPARTIALITY IN ADJUDICATION

*“Hesabı yapılabilen her şey önemli olmaz,
ve önemli olan her şeyin de hesabı yapılmaz.”*

Albert Einstein

Mustafa T. YÜCEL*

Özet: Psikologlar, kişilerin nesnellik illüzyonu yaşadıklarını belirtiyorlar: İnsanlar objektif olduklarına inanırlar; kendilerini diğerlerinden daha ahlaki ve adil olduklarını görürler ve tarafgirliğe karşı kör nokta edinerek kendileri yerine başkalarını tarafgirlik içinde görme eğilimindedirler. Hâkimler Nasıl Düşünür adlı eserinde (“How Judges Think”) Richard Posner, “Kendimizi tarafgirlik ithamından kurtarmak üzere “içe bakış” uygularken, başkalarındaki tarafgirliği kanıtlamak üzere de gerçekçi insan davranış nosyonlarını kullanmaktayız. Bu eğilimler, kuşkusuz, hâkimlerin kendi tarafgirliklerini belirlemesini zorlaştırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Objektiflik, tarafsızlık, kamuoyu, bağımsızlık, yolsuzluk, hesap verirlilik, gerçek suçlu, mağdurların korunması, usuli adalet.

Abstract: Psychologists have shown that individuals experience an illusion of objectivity. People believe they are objective; they see themselves as more ethical and fair than others and experience a “bias blind spot,” the tendency to see bias in others but not in themselves. As noted by Judge Richard A. Posner in his book “How Judges Think”, “We use introspection to acquit ourselves of accusations of bias, while using realistic notions of human behavior to identify bias in others.” These tendencies make it difficult for judges to identify their own biases.

Keywords: objectivity, impartiality, public opinion, independence, corruption, accountability, true offender, protection of victim, procedural justice.

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

Hukuk ajanları/hâkimler ne derece objektif ve tarafsız davranmaktadırlar? Sorunu yanıtlarken bu kavramların ne anlama geldiği ilk önce belirlenmelidir. Hiç kuşkusuz, genelde kavramlar, standartlar ve ideallerin ve özelden ithal olanlarının ülkenin sosya-kültürel bağlamında maruz kaldığı değişim sosyolojik bir bulgudur. Bunlar bilimsel hipotezler gibidirler; birer eylem planıdır. Sorunun/davanın ilgili yanlarını kontrol ederek iynin oluşmasını sağlayıp sağlanmadığı ise kanıtlanmaya tabidir. Gereksinmeler, istemler ve yoksunluklardan doğan ihtilaflı bir durum, bu gereksinmeleri, istemleri ve yoksunlukları gidermeye tasarlanmış eylemlere yol gösterici hedefler ve standartlar karşısında belli hedeflerden herhangi birinin mevcut durum için yeterliliği ilke olarak bilimsel objektiflikle sağlanabilir. Yalnız duygulara dayanan/ etkilenen bilgi objektif olmaz. Aynı durum yargılama süreci için de geçerlidir ve tarafsızlık, objektif olmanın gereği olarak belirmektedir.¹¹ Objektiflik türlerine bakıldığında her tür, eşleştiği öznellik türünün karşıtı olmaktadır.

Objektiflik Kategorisi	Objektiflik Türleri
1.Ontolojik	Akıldan bağımsız, Belirli doğruluk, Standart uygulama
2.Epistemik	Kişiler arası anlaşılabilirlik, Tarafsızlık/yansızlık
3 Semantik	Hakikat paylaşımı

Epistemik objektiflik türü olan tarafsızlık, menfaat ötesi, açık fikirli, mesafeli veya gayri şahsi niteliklerden oluşmakta; önyargı ve tarafgirlik karşıtı olmaktadır. Hukuki bağlamlarda objektifliğin bu boyutu kanunların yapımı ve uygulaması evrelerinde geçerlidir. Objektifliğin diğer türlerinde olduğu gibi “ya hep veya hiç olmak” yerine niceleliksel bir nesnedir ve değişen derecede gerçekleşmektedir.

En yalın haliyle tarafsızlık, şu sorular etrafında şekillenmektedir: Hâkimler kendilerini iktidarın mı, yoksa hukukun mu sadık birer

¹¹ Usuli objektiflik Kant’tan gelmektedir. Bkz. M.H. Kramer. Objectivity and the Rule of Law, Cambridge University Press, 2007. Bkz. Bangalore Yargı Etiği İlkeleri; J. Rawls, Theory of Justice, s.137: objektiflik adına adalet ilkelerine varmak üzere aktörleri farazi bir şekilde cahillik peçesi (veil of ignorance) arkasına konulmaktadır. Her aktörün farazi konumda toplumdaki yeri, sınıfı veya sosyal statüsü, psikolojik eğilimleri, zekası ve gücü, toplumun ekonomik ve siyasi durumu, toplumun kültürel seviyesi ve ait olduğu nesil hakkında bir bilgisi yoktur.

hizmetkarı olarak görmektedirler? İktidara itaat eden bürokratlar olarak mı, yoksa eleştirel bir zihin ile adalet aktörleri olarak mı düşünüp görevlerini yerine getirmektedirler? Duyguların hukuku ve yargıyı etkilemesi göz önüne alınarak çeşitli medya öğeleriyle beslenen kamuoyunun yargıyı baskı- laması eğilimi ne ölçüdedir? Genelde hukukun özelde yargı mekanizma- sının bunları sınırlama kapasitesi var mıdır? Bunlar, kuşkusuz, hâkimler- deki zihniyet kalıpları saptanarak yanıtlanacak sorulardır. Kararı verecek aktörler önyargısız ve objektif olabilmeye koşullarına sahip olabilmelidir. Bu bağlamda “erişebilirlik”, “bağımsızlık”, “tarafsızlık”, “hesap verilirlik/ saydamlık” ve “etkililik” önemli odaklar/ ölçütler olmaktadır.

“Hâkim, hukuk esasları ve vicdanı yerine idare adamlarının veya davada ilgisi olanlardan birisinin etkisi altında kalarak karar verirse, verdiği karar, özünde adaletle ilgisi bulunmayan bir belge, daha açıkçası bir zulüm belgesinden ibaret kalır. Bu durum haksızlığa uğrayanın olduğu kadar bütün toplumun gönül rahatlığını bozar. Zira yurttaş haklı olarak aynı felaketin bir günkendi başına da geleceğini düşünür.” (Recai Seçkin, 1960 *Adli yıl açış konuşması*).

Bağımsızlık(*independence*),²² yargının dışardan(yürütme erki/özel kişiler- den) veya içerden (ceplerinde dosya numarası taşıyan bazı hâkimlerden) gelebilecek her tür etkiden bağımsız olarak, 1) Hâkimin kanun, hukuk ve kendi vicdanına göre karar vermesi; ve 2) Hukukun üstünlüğünü sağla- mak amacıyla davranmasıdır. Bağımsızlık ve tarafsızlık ilişkisinde, ekseriya, biri ötekine bağlı bulunmaktadır.

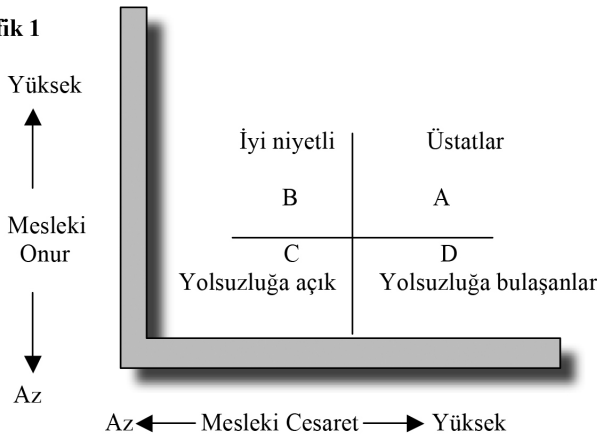
Hesap verilebilirlik, açıklık ve saydamlık için de, 1) Kararlar gerekçeli olmalı ve ilke olarak temyize tabi olmalı, ve 2) Etik kurallara göre faaliyet gösterilmelidir (*Bangalor Yargı Etiği İlkeleri/ Savcılar için Budapeşte İlkeleri*).³³ Bu noktada bağımsızlık ve tarafsızlık açısından iki

²² Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Rec (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı; Office of Democracy and Governance Guidance for promoting judicial independence and impartiality, revised edition, January 2002, Washington, D.C. Bkz. S. Selçuk. Bağımsız Yargı-Özgür Düşünce İmge Kitabevi, Mart 2007. Ayrıca bkz. R. Nozick. “Tarafsız olamayan devlet” Anarşi, Devlet ve Ütopya (Çev. A. Oktay) İst. Bilgi Üniv. Yayını, Aralık 2000, ss.344-46.

³³ Her iki ilke de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca benimsenmiştir. Bu ilkeler aksine davranışın ortaya çıkaracağı sonuçların 5237 sayılı TCK’nun 257. maddesinde açıklanan suç öğelerini içermesi durumunda da yetki ve görev ihmalinden veya kötüye kullanılmasından söz edilmesinin açık olduğu içtihat edilmiştir. Bkz. CGK. 20/11/2007, 5-83/244: Adalet Bakanlığı Etik Komisyonu- 5176 Sayılı Kamu

niteliğe de dikkat çekilmelidir: 1) Etik sorumluluk duyan ve duyarlılık sergileyen, *meslek onuruna* sahip çıkan ve 2) Karar sürecinde dıştan gelen baskılara direnç gösteren *cesaret* sahibi hâkimlerin varlığıdır.⁴⁴ Bu niteliklerin dağılımını sergilemek üzere aşağıda grafiğe yer verilmiştir. Bu grafiğin sağında olanlar yüksek cesaret sahibi iken, üsttekiler mesleki onuru yüksek aktörlerdir. Kuşkusuz, *hesap verilebilirlik*, *mesleki onur* için motive edici bir etmen olduğu gibi bağımsızlık ta *cesareti* arttırmaktadır .

Grafik 1



Görevlileri Etik Kurulu Kurulması...Kanun. Bkz.D. Pimentel "Reframing the Independence v. Accountability Debate: Defining Judicial Structure in Light of Judges' Courgae and Integrity, 57 Clev.St. L. Rev. 1(2009). Hukuk eğitiminde etik dersin bilinçlendirme görevi insanlara iyi olmayı öğretmekten daha boş bir uğraştır. Avukat, asker, tüccar ve öteki meslek mensubu olarak davranmayı ancak onları yaparak öğrenmekteyiz. Yaşam bizlere nasıl davranılacağını öğretmektedir (Yazarın notudur). Ayrıca bkz. J. R. Elkins, "The Pedagogy of Ethics" (1985) 10 J. Legal Prof. 37, 51-52.; R. Granfield, Making Elite Lawyers Routledge, c.5, 1992; S.İnceoğlu. Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik, Tüsiad, Ağustos 2012; A. U. Türkbağ. "Yargı Bağımsızlığı ve Etik Değerler Dengesi" Yargıda Etik Sempozyumu Ankara-15-16 Kasım 2012: "Etiğin sosyoloji ve psikolojiyle desteklenerek halledilmesi durumunda, hâkimlerimizin durumu çok daha farklı olacaktır, yargı süreci çok daha insani ve katlanılabilir olacak; insanımızın gözünde hukuk ve her türden hukukçu, hâkim ya da savcı, avukat saygın olacaktır. Hemen belirtilmesi gereken bir nokta da, yalnızca hukukçulara değil, bu, halkla karşı karşıya gelen her gruba, örneğin polise de, hizmet içi eğitimle verilmesi gereken bir eğitimidir." Ayrıca bkz. M. Barlas. "Çifte standartlar ışığında yargının bağımsızlığı" Sabah(18/01/2006) s.5.

⁴⁴ Gözetleyici mahkemeleri kim gözetleyecek? Kime hesap verir konumundadırlar? Soru yanıtları için bkz. J.Kleining. Ethics and Criminal Justice, Cambridge, 2008, s.208 vd.

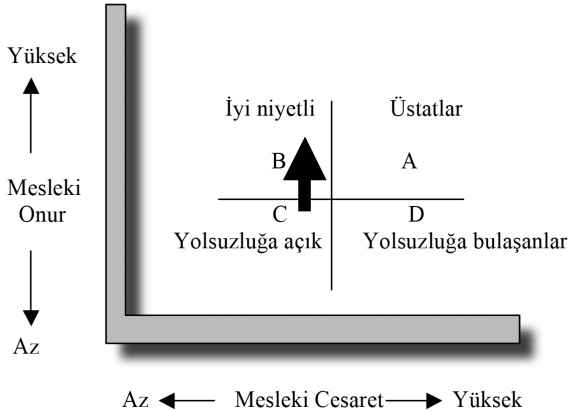
Bu grafikte beliren gruplandırmanın amacı, ne hâkimleri reel boyutta (dörtte biri yolsuzluğa bulaşmış) göstermek ve ne de bunun tamamen hipotetik olduğunu söylemek yerine *yapısal koruyucular* ve *disiplin rejimlerinin*, adil yargılama üretiminde destekleyici rollerini anlamaya elverişli analitik bir referans sağlamaktır.

Grafiğin (A) bölümünde yüksek mesleki onur ile yüksek mesleki cesareti olan aktörler(cesurlar) yer alırken, (B) bölümünde, doğru şeyler yapmak isteyen aktörler olmasına karşılık dış tehdit ve baskılara duyarlı, mesleki onuru yüksek ve fakat mesleki cesareti az olanlar bulunmakta; (C)'de yolsuzluğa açık aktörlerin mesleki onurları kuşkulu, kendileri cesareten yoksun ve baskılara da duyarlıdır; (D)'dekiler ise, düşük mesleki onura karşılık mesleki cesaretleri oldukça yüksek olup; kendilerine özgü kirli iş takipçileridir.

Bu model kullanılarak, aktörler eğer grafiğin alt tarafında yer alıyorsa, yargısal bağımsızlık için yapısal koruyucuları(hâkimlerin dış baskılardan masun olması) güçlendirmenin yarardan çok zarar verebileceğini görebiliriz. Buna karşılık, bağımsızlık için yapısal koruyucuların yalnızca aktör-lerin makul ölçüde mesleki onur sergilendiklerinde yararlı olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Disiplin rejiminin etkisi bakımından, (D) grubundakiler için disiplin rejimi tehditleri, onları onurlu davranışa yöneltmeyecek; onların krimino- lojik cesareti bu tehditleri etkisiz bırakacaktır. Disiplin rejimi özellikle grafiğin sol tarafındakiler(dış baskılara kapılacaklar) için en fazla etkiyi gösterebilecektir. Disiplin rejimi bu gruptaki hâkimleri (C)'den (B)'ye yükseltebilecektir.

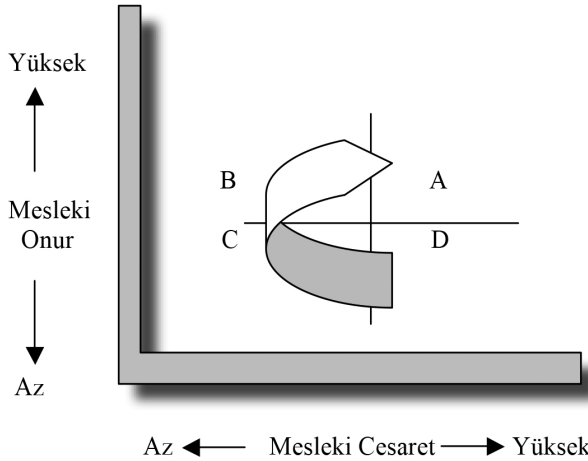
Grafik 2



İşte anılan disiplin rejimi modalitiesine ve etkililiğine/yapısal korumaların türüne göre, bölümler arasında geçişler olabilecektir. Önemli olan, (D)'ye geçişleri önleyerek (A)'da yoğunlaşma amaçlı bir dinamizm sağlanmasıdır.

Bu öznel kavramlar, *mesleki cesaret*(bağımsız olarak davranmaya istekli olma) ve *mesleki onur* (kendisini sorumlu tutmaya istekli) arasındaki doğru bir denge, hâkimlerin hangi gruptaki kümelenmesine bakılarak saptanmalıdır; çünkü, bu konuda önceden saptanmış bir denge ölçütü yoktur. Hâkimlerin bireysel özellikleri, gelenekleri, normlar ve beklentileri içeren *yerel yargı kültürü*, belli bir zamanda saptanacak dengeyi belirleyecek faktörlerdir. Bu nedenle, yinelersek, hâkimleri etkili olabilecekleri (hukukun üstünlüğüne hizmet için gerekli cesaret ve onura sahip aktörler) bölümüne geçmelerini motive edici değişim ve düzenlemeler belirli zaman aralıklarıyla yapılarak, *dinamik bir yaklaşım* sergilenmelidir. Özetle, aktörlerin saat yönünde (D)'den (A)'ya doğru yönelmeleri motive edici koşullar aktivist bir yaklaşımla yaşamaya geçirilmelidir.

Grafik 3



Kavramlardan *tarafsızlığa* bakıldığında anlaşılması gereken, yansız ve kanun ile hukuka bağlılık içinde, 1) Kişisel, siyasi, kültürel ve diğer adanmışlıklar yerine kanun ve hukuk sisteminde yer etmiş ilkelere uyarlık içinde karar verilmesi, 2) Hiç kimse, zümre ve kuruma imtiyaz tanınmasıdır.

Hukukun üstünlüğü adına, kuşkusuz, yargı görevi tam ve doğru bir şekil- de yerine getirilmelidir. Bir hâkim için en zor olan medyatik bir davada beliren eğilimlerden/önyargılardan kendini soyutlayabilmektir. Yargılama sistemini test edecek davalar da bu türdendir. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'nin 6/1 maddesine göre "tarafsızlığın" varlığı, öznel bir sınıma (belli bir olayda belli bir hâkimin kişisel kanı ve davranışları) ve nesnel bir sınamayla (hiçbir kuşkuya yer vermeyecek derecede hâkime yeterli güvence verilip verilmediği) irdelenerek belirlenmelidir.⁵⁵ Yoksa bir hâkimin kendi tarafsızlığını değerlendirmesi gerçekçi olmayacaktır.⁶⁶

Psikologlar, kişilerin nesnellik illüzyonu yaşadıklarını belirttiler. İnsanlar nesnel/objektif olduklarına inanırlar; kendilerinin diğerlerinden daha ahlaki ve adil olduklarını görürler ve kendileri yerine başkalarında taraf- gırlık görme eğilimdedirler. Bir hâkimin kendi tarafsızlığını değerlendir- mesi zor olabilir. Bu konuda yer alan ilginç sorulardan birincisi, insanın kendi yanlılıklarını saptamaya özgü sınırlamalardır. Psikologlar, kişilerin nesnellik illüzyonu yaşadıklarını belirtiyorlar: İnsanlar objektif oldukla- rına inanırlar; kendilerini diğerlerinden daha ahlaki ve adil olduklarını görürler ve tarafgirli- ğe karşı kör nokta edinerek kendileri yerine başka- larını tarafgirlik içinde görme eğilimdedirler. Richard Posner'in *Hâkimler Nasıl Düşünüyor*⁷⁷ adlı eserinde *ıçe bakışı* kendimizi taraf tutma defisin- den kurtarmak üzere yaparken, ötekilerdeki tarafgirliği kanıtlamak üzere de gerçekçi insan davranışı nosyonlarına başvurduğunu belirtmektedir. Kuşkusuz, bu eğilimler hâkimlerin kendi tarafgirliklerini belirlemesi- ni zorlaştırmaktadır.

⁵ Bkz. N. Centel. Ceza Muhakemesi Hakkında Hâkimin Tarafsızlığı İst., 1996, s.30; Y. Ünver ve H.Hakeri. Ceza Muhakemesi Hukuku, (5.Bası) Adalet, 2012, ss.186-197. E. Cansen "Mahkeme, muhakeme, hâkim ve hüküm" *Hürriyet* (25/01/2012), s.12. Demok- ratik olmayan ülkelerde güçlü partilerin davaların nasıl karara bağ- lanması istemleri şeklindeki "telefon adaleti" oldukça yaygındır.(Yazarın notudur).

⁶ Balyoz davasına bakan Yargıtay 9. Ceza Dairesi üyeleri ve kararına yönelik eleştiriler karşısında Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın, "Yargıtay'daki arkadaşlarımızı yıllardır tanırım...olaylara hakim titiz ve tecrübeli bir ekiptir. Bu nedenle arkadaşlarımızın yanlış yapma ihtimali çok ama çok düşüktür. Bunu ben değil, zaten tüm Yargıtay bilir." demesi yerinde bir duruş değildir. Bkz. M.Demir. "Tanırım İyi Dairedir" *Hürriyet* (12/10/2013) s.1,23. Ayrıca bkz. "Söyleyin Haşim Kılıç mı, Hilmi Özkök mü haklıdır?" *Yeter Söz Milletin/Hürriyet* (13/10/2013) s.20; S. Selçuk. "Yanlış Duruşlar" *Milliyet* (17/10/2013)

⁷ R. Posner. *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.

Yargılama sürecinde, Rosenthal ve Cordell (1985:82) tarafgir olan bir hâkimin yargılama sonucunu etkileyebileceğini vurguladılar. Bu etki normalde doğrudan fark edilemezse ise de, kendisini daha az belirgin yollardan(örneğin duruşmada sanığa karşı olan tutumu, ifadelerin tutanaklara geçirilişi, dava yönetimi v.s.) sergileyebilir. Duruşma öncesi dosya içeriğine bakan hâkimde oluşan önyargı bazen sonucu etkileyebilen bir faktördür.

Yargıdaki iş yükü ve temposu da objektiflik/tarafsızlığı etkileyebilmektedir. Metropol adliyelerindeki duruşma takvimi ile Yargıtay Ceza Daireleri(2012 yılı verilerine göre bir davanın ortalama görülme süresi iki dakika ile dokuz dakika, medyan süresi ise dört dakika) ile Hukuk Dairelerindeki(ortalama görülme süresi iki dakika ile on iki dakika, medyan süresi beş dakika) iş yükü bu kavramları sorgular bir nicelik sergilemektedir. Kuşkusuz, fiziki güç gibi akli güç te tükenmektedir. Arkası arkasına rasyonel karar vermek durumunda kalan hâkimlerde “aklı enerji” eksikliği bir yan etki olarak belirebilmektedir. İnsanlara özgü olan bu olgu sosyal psikolog Roy F. Baumeister’in “ego depletion/ego tükenişi” olgusundan- öncesi Frued hipotezi olarak bilinen bir- çıkarımdır. Teori, ben veya ego enerjisi transferini içeren akli faaliyetlere özgüdür. Baumeister’in yaptığı bir seri testlerin verdiği en iyi bir örnek sabun gibi irade gücünün tükenebileceğidir. Ellerini- zi defalarca yıkadığınızda sabun tükenir. İşte fiziki yorgunluk sonucu beyin çaktırma- dan ve farkına varmaksızın kısa devreler yapmaya ve bilişsel düşünmeye az yer verme yönelmektedir.

Alış veriş merkezlerinde yapılan bir deneyimde, bazı kişilerle yapılan mülakat sonrası kendilerine yanıtlayabilecekleri kadar matematik problemlerini tamamlamaları istendiğinde ortaya çıkan sonuç, “tükenin- ceye kadar alış veriş yapanların iradi güçlerinde düşüş olduğudur”: Gün içinde alış veriş sırasında çoğu kararları dükkanlarda verenler bu sınava çok az dayanabilmiş.

Objektiflikle yakından ilişkili olan bir konu da hâkimin reddidir. Psikolo- jik araştırmalar, hâkimin reddi konusunda kural ve usullerin geliştirilme- si kadar böyle bir talep karşısında hâkimlerin kendilerine soracakları sorular hakkında da bilgi sağlayabilirler. Çoğu reddi hâkim durumları CMK/HMK ve *adli etik*’çe düzenlenmiş bulunmak-

tadır. CMK olayı (CMK 22 ve 23.maddeler dışındaki hallerde) hâkimin takdirine bırakmak yerine (CMK 24.md) gelişen içtihatlar bağlamında nesnel tetkiklere de yer verebilir.

Kararı etkileyen faktörlerden biride deneyimli/kıdemli hâkimlerin kendilerine fazla güvenmeleri ve kişilik ögesi haline gelen bu eğilimleri nedeniyle adaletin etkilenmesidir.

Sabıka kaydı olan sanıklar bakımından belli hâkimlerin bazen önyargılı oldukları görülmektedir (Blank ve diğerleri,1985:92). CMK sabıka kaydının dosyaya konulmasıyla buna imkan vermektedir. Sanığın 100 sabıkası olsa da, görülen davadaki suçu işlememiş olabileceği unutulmamalıdır. Aynı doğrultuda, Gordon(1990:81) hâkimlerin basmakalıp/klişe eğilimleri olduğuna işaret etti. O, belli suçluların demografik nitelikleri nedeniyle hâkimlerin etkileneceğini ve kararın kişilerin geçmişleri nedeniyle lehlerine olmayacağını eğilimine vurgu yaptı.

Bilirkişilere özgü şu öğeler de irdelenmelidir: tahsil, eğitim, yetenek, deneyim, bilgi ve vs. Tüm bunların derdest davaya ilişkin olduğu saptanmalıdır. Bunlar uzmanlığı sorulan hususa ilişkin bilimsel araştırma konusunda uygulama yeteneğine sahip olmalıdırlar. Hâkim tüm bunların üstünde bilirkişice sunulan kanıt üzerine araştırmada bulunabilmeli; bilirkişiler duruşmada taraflarca sorgulanabilmelidir.

Bu bulgular karşısında, Temyiz evresinde video çekimli dosyalar olmadığından, tutanaklardan hâkimin önyargısını saptamak olanaklı değildir.

Toplu mahkemelerde kararı etkileyen en önemli faktör de kıdemli başkan veya karizmatik bir üyenin etkilemesi ile karara varılmasıdır. Oylama sırasında kıdemsiz olan üyelerin kararın niteliği üzerine sevgileri de oylama türüne etkili olmaktadır.

Yüksek mahkemelerin çok hâkimli olması da bir rastlantı değildir. Bu düzenleme ile adaletin bir tek kişinin eline geçmesi önlenmektedir. Bu çokluk yalnızca sayısal değer olarak değil, görüntüler açısından da geçerlidir. Böylece, bağımsızlık yalnızca dışarıdaki bir otoriteye karşı olmayıp, olası tiranlık bir etkiye yönelecek üye hâkimlere karşı da sağlanmış olmaktadır.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile adil yargılanma hakkı med-

ya tarafından tehlikeye atılmamalıdır(AİHS 6/1). Yargıya yalnızca saygı duymak değil; fakat, aynı zamanda bağımsızlığını korumak da iktidarın görevidir-*kontroller ve dengeler fikri*. Bu koruma görevi medya saldırı- larını da içermektedir. Eğer yasal haber ve eleştiri sınırlarının ötesine geçerlerse, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/2. maddesi uyarınca *“yargının bağımsızlığı ve düzenini sürdürmek”* veya *“başkalarının ünü ve haklarının korunması... için”* sınırlandırılabilir. Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince basının demokratik bir toplumda oynadığı önemli rol her zaman vurgulanmıştır. Özellikle, yargının yönetimine ilişkin yazılar hakkında Mahkeme aşağıdaki gibi karar vermiştir:

“Ceza hukuku alanında medyanın rolünün önemi... oldukça geniş olarak tanınmaktadır. Özellikle, Mahkeme daha önceden ‘adaletin düzgün işleyişi, yorumları da içeren haber verme ilgisine yüklenen sınırları aşmamak kaydıyla, mahkeme süreci hakkındaki haberlerin aleniyete ve Sözleşmenin 6/1. maddesindeki kamuya açık yargılama gerekliliğine tamamen uyumlu olduğunu tespit etmiştir.”

Yargılamayı da içermek üzere gizli olan her şey yozlaşır; tartışma ve aleniyet içermeyen hiçbir şey emin ve güvenli değildir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, *Ceza Sürecine İlişkin Medya Yoluyla Bilgi Tedari- kine* ilişkin Rec(2003)13 sayılı tavsiye kararını kabul etmiştir. Bu karar, medyanın, halkın bilgi alma hakkı bakımından halkı bilgilendirme hakkı bulunduğuna işaret etmekte ve ceza yargılamaları hakkında halkı bilgi- lendirmeye yönelik ve halkın ceza adaleti sistemini irdelemesini sağlayan medya haberlerinin önemini vurgulamaktadır. Medya mensuplarının iyi niyetle hareket etmek, sağlam maddi temellerde ve gazetecilik etiğine uygun olarak doğru ve kesin bilgi vermek kaydıyla kamunun menfaatine olan bilgileri açığa çıkarma hakkını korumaktadır. Buna göre, medya özgürlüğüne yönelik iktidarın müdahalesine ilişkin çoğu örnekte, AİHM’si, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin* 10. maddesinin ihlalini tespit etmiştir. Özetle, çoğulcu bir toplumda, gazeteciler devam eden soruşturmalar/kovuşturmalara ilgili eleştiri yazıları nedeniyle kovuştur- maya ve mahkumiyete maruz kalmamalıdır. Ayrıca, üst düzey yetkililer medyayı, demokrasiye özgü vazgeçilmez *“gözcülük”* görevi nedeniyle kamuoyu önünde eleştirmemelidir.

Güvenceler açısından, savcı ve hâkimlerin tarafsızlığı yalnızca normatif güvence altına alınmakla kalmayarak, makul bir gözlemcinin de görebileceği açıklıkta olmalıdır. Yargılama sürecine egemen olan bu koşullar âdil yargılamanın temel öğelerini oluşturmaktadır. Bu amaç değerleri sağlamak üzere şimdilik *de jure* kalan “çapraz sorgulama”ya çokça başvurulması gerekmektedir.⁸⁸

Öte yandan, tüm teknolojik yeniliklerin adalet hizmetine sunulması, “norm x kanıt= karar” işlevsel denkleminde tümünden giderilmesi mümkün olmayan özelliğin en aza indirilmesi için dikey denetim kurumları (Yargıtay) ve hizmet içi seminerler bağlamında özel çaba gösterilmelidir. Bu çabaların önleyici tedbirlere dönüştürülmesi dava ekonomisi ve verimlilik açısından önemli ise de, aşağıda yıllar itibarıyla Yargıtay Hukuk/Ceza Dairelerince verilen kararların (%) oransal dağılımı incelendiğinde bu yönün göz ardı edildiği, *sorun* ilk derece hâkimlerin performansında olduğu görülmektedir.⁹⁹ Bu saptama özellikle ilk derece ceza mahkemeleri için çok belirgindir. Yalnız, 2008-2009 yıllarındaki bozma oranının % 60 - % 58,3’ü bulmasındaki en önemli etken ise yeni ceza siyasetine özgü düzenlemelerdir. Aynı etkinin 1973 yılında da gözlenmesinden hiç ders almayan ceza siyaseti mimarlarının ne derece ahlaki davrandıkları gündeme gelmektedir.

⁸ Çapraz sorgu, gerçeğin keşfi için var olan en güçlü hukuki motordur. İki ucu keskin bir kılıç olan çapraz sorgulamanın amacı 1.İfadeyi nitelendirme veya açıklama; ve 2. Tanık/bilirkişileri, önyargı, tarafgirlik nedeniyle, çürütmektir. Çapraz sorgulamanın ilkeleri ise şöyledir:

1.Esasa girilmesi; 2.Kısa sorular sorulması ve basit kelimeler kullanılması; 3.Yalnızca yönlendirici sorular sorulması; 4.Yanıtını bilmediğin sorunun sorulmaması; 5.Yanıtın dinlenmesi; 6.Tanıkla kavgaya girilmemesi;7.Tanığın açıklamasına izin verilmemesi; 8.Direkt sorgulamada ifadenin tekrarına izin verilmemesi; ve 9.Vuruca darbenin son söze saklanmasıdır.

Çapraz sorgunun türleri ise 1. İşbirlikçi ve 2. Yıkıcı olup, ikinciye birinciden sonra girilmelidir. Sorulacak sorular ise, “Evet”, “Hayır” veya “Bilmiyorum” yanıtını alacak şekilde formüle edilmelidir. Yalancı tanıklık bağlamında ise, önceki ifadelerdeki tutarsızlıklar, gerçeğe aykırı beyanlar, ahlaki davranışı ve adli siciline ait bilgiler-sahtekarlık, yalan beyan türü suçlar ortaya konulmalı- ve özetle tanıkların güvenilirliği sorgulanmalıdır. Yargılamanın kara kutusu olan tutanaklara bakıldığında çapraz sorgulamaya çok az başvurulduğu görülmektedir.

⁹ M.T.Yücel. Türkiye’de Yargının Etkinliği TBB, Ank., 2008; M.T.Yücel. Hukuk Sosyolojisi 5. Basi, 2013.

Tablo 1. Ceza Daireleri

Yıl	Çıkan dava	Onama	Bozma	Onama/Bozma	Ret	Geri Çevirme	Diğer
1986	87,809	57.1	33.0	1.0	4.3	1.4	3.2
1990	86,525	56.5	29.8	1.6	4.3	2.6	5.2
1995	108,916	59.5	27.8	1.5	3.3	2.6	5.3
2000	126,695	57.0	25.1	1.7	3.3	2.2	10.7
2008	197,132	19,2	60,0	2,1	5,1	4,2	9,4
2009	217,893	19,5	58,3	2,1	5,2	4,1	10,8
2010	208,806	20,1	52,4	2,5	7,7	4,8	12,5
2011	390,501	15,7	20,5	1,5	2,4	8,9	51.0
2012	427,406	27,7	19,5	35,8	4,6	0,9	11,5

Tablo 2. Hukuk Daireleri

Yıl	Çıkan dava	Onama	Bozma	Onama/Bozma	Ret	Geri Çevirme	Diğer
1986	166,521	54.9	18.9	0.4	7.8	7.0	11.0
1990	238,703	58.7	16.4	0.3	8.4	4.5	11.7
1995	294,367	51.2	22.5	0.5	9.8	5.9	10.1
2000	244,978	54.3	16.6	0.4	10.7	6.1	11.9
2008	325,319	49,4	16,0	0,2	12,1	7,3	15,1
2009	334,346	49,1	16,6	0,2	11,3	7,7	15,1
2010	352,397	48,9	17,9	0,3	11,3	7,4	14,3
2011	394,844	45,0	17,0	0,3	11,0	7,1	19,6
2012	492,783	40,4	18,7	7,7	10,1	6,9	16,2

Adalet İstatistikleri

Öte yandan ilginç bir gelişmeye Yargıtay Ceza/Hukuk genel kurullarına gelen iş yükü artışında tanık olunmuştur. Bu artışa yüksek mahkemelerce hâkim ve savcılara dosyaları üzerinden not verme usulünün kaldırılması oldukça etkilidir. Hâkimler ve mahkemelerin anılan değişim sonrası daha özgün ve yenilikçi karar verebilmesi savı gerçeklikten yoksun bulunmaktadır.¹⁰ Diğer bir anlatımla, daha önce hâkimler ve mahkemeler objektiflik ve hukuk bilincinden yoksun kararlar mı veriyorlardı anlamındaki bu savın ne derece geçersiz olduğu aşağıda yer alan veri analizlerinde görülmektedir. Her iki Kurula gelen iş sayısındaki oranlı artışa paralel olarak bozma oranlarında da 2-3 katı artışa tanık olunmuştur.

¹⁰ O.G., Ertekin ve diğerleri. Türkiye’de Yargı Yoktur, Nika, 2013.

Tablo 3. Genel Kurullara gelen iş akışı/değişim ve bozma oranları(%) 2008-2012

Yıl	Ceza	Değişim	Bozma*	Hukuk	Değişim	Bozma
2008	284	100	29,2	833	100	49,8
2009	260	91	38,6	595	71	57,0
2010	263	93	37,7	754	90	57,0
2011	902	318	34,1	893	107	55,1
2012	1591	560	98,9	1932	231	73,4

(*) *Bozma*, bir bölümünde onama, bir bölümünde bozma'yı da içermektedir.

Objektiflik/ tarafsızlık olgusunun ceza adaleti sürecinde ne derece olduğunu irdelemek üzere, örnek olarak kamu barışına karşı suçlarda (TCK 212-220) yoğunluklu olan *suç işlemek üzere örgüt kurma suçlarından açılan kamu davası* sayısal değerlerine bakmak yeterli olacaktır. Bu suçlardan hazırlık soruşturmasında yıllar itibariyle sistem girdisinden ancak % 47,6' sinde (2012) kamu davası açıldığı görülmektedir. Yıllar itibariyle oranlara aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

Tablo 4. 2009-2012

Yıl	Kamu davası	%
2009	17,614	43,0
2010	17,773	47,4
2011	17,200	47,2
2012	18,491	47,6

Hazırlık soruşturması ve kovuşturma evrelerinde genelde tanık olduğumuz davaların erimesi/buharlaşması olgusuna anılan suçlarda yargılama sonucu yüksek beraat oranları (%) ile tanık olmaktadır. Bu verilerin bizatihi kendisi yargıda objektiflik/tarafsızlık olgusunu sorgulamak için yeterli görülmelidir.

Tablo 5 Mahkumiyet/ Beraat oranları(%)

Yıl	Mahkumiyet	Beraat
2008	20,4	22,3
2010	13,5	38,0
2011	19,1	33,9
2012	3,8	48,9

Objektif değerlendirme yoksunluğuna Yargıtay hukuk dairelerinde *aidiyeti nedeniyle ilgili daireye* gönderilen dosyalar nedeniyle tanık olmaktadır. İlk derece mahkemelerindeki yanlış değerlendirmelere Yargıtay'da daire bazında yapılanlar eklendiğinde *aidiyeti nedeniyle*

İlgili daireye gönderilen dosya sayısının çıkan işlerdeki oranı 2011 yılında % 19'u (75,167) bulmaktadır. Buna ek olarak, ilk derece hukuk mahkemeleri kararlarını "ret" ve "geri çevirme" oranları toplamının % 18,1'i bulduğu görülmektedir. Yıllardır süregelen *geri çevirme* oranı genelde kırtasiyeciliği önleyici etkili bir çözüm getirilemediğinin göstergesidir. Bu türden sorunların üstesinden gelinmesi ve objektiflik sağlanması için yargıda yapay zeka yazılımlarının geliştirilmesine gereksinme vardır.

Bu bağlamda başarılı hukuk uygulamasının en temel koşulu olan hukuki araştırması yapay zeka ile destekli *nitelikli hâkim*, olmazsa olmaz bir gereksinimdir. Bu bağlamda, hâkimler aydın birer kişi olmanın dürüstlüğü içinde ihtiraslarına karşı uyanık olmalıdır. Tarafsızlığın bir hayal, dürüstlüğü ise bir görev olduğu bilinmelidir. Bu doğrultuda, tüm ilgililerin dava öncesi önyargılı olduğu düşüncesinden hareket eden hâkimin tarafsızlık konusunda bilinçli çaba gösterme olasılığı, bir diğerinin kürsünün kendisini şaşmaz bir mantiki hakikat organı yapması inancından fazla olacaktır.

Hâkim ve savcılarının tarafsızlığı, bağımsızlığı ile avukatların bağımsızlığının temin edilmesi görevi, bu meslek mensuplarının işleriyle meşgul olmalarına izin vererek pasif bir şekilde yerine getirilemez. Bağımsızlıklarının sağlanmasına dair yasal yükümlülük, yersiz müdahalelerin tüm biçimlerine karşı hâkim, savcı ve avukatların mesleki görevlerini etkili bir biçimde yerine getirmek üzere, onların koruması için harekete geçirilmesi anlamına gelmektedir.

Hâkim, savcı ve avukatların sorumluluklarını üstlenmede tamamen yetersiz veya isteksiz olması hallerinde, *Hukuk Devleti* sürdürülemez ve insan hakları *de facto* olarak uygulanamaz/korunamaz.

Hukukçular, mantığın kullanılmasında ya akılcı ya da mistiklerdir. Akılcı olanlar usamlamanın sonuçlarına zımni rıza göstermekle kalmayıp, güvenli bir sonucun başka şekilde elde edilemeyeceğine de inanmaktadır. Ne var ki, bu yaklaşımda, pozitif kuralın mantiki uygulamasının sıkça gözlenen absürt sonuçlar vermesi kaçınılmaz olmaktadır-*Summa jus summa injuria*. Emerson'un belirttiği "insanlar zannettiklerinden daha akıllıdır" *dictumu* onlara egemendir. Sizler kanıtlamak istediğiniz bir şey için mantık olarak bir avukatı kiralıyorsunuz. Mistikler ise, usamlamaya güvenmeyip; sezgi, duyu veya duyulanmaya özgülenmektedirler.

Mantıksal hukuk bilimi, hukuk materyalini hazmetmemize yardımcı olabilirse de, hazım öncesi yiyeceğin alınması gerektiği bilinmelidir. Sistemde aktör olacak kişilerin doğru ve yanlışa ilişkin duyguları, mantıki ve bilimsel olarak islah edilmelidir. Bu doğrultuda eğitilmiş insanın sezgi parıltısında görebileceği şeyi, cahil insanın algılaması ya mümkün olmayacak veya çok uzun bir uğraşı gerektirecektir. Hâkimin mantıksal bir robot oluşu fikrine sıcak bakmayanlar, kaçınılmaz bir biçimde tarafgirlik veya önyargının abartılması gibi karşıt bir hataya düşeceklerdir. Pedagojik amaçla yinelersek, tüm bireylerin dava öncesi önyargılı olduğu düşüncesinden hareket eden hâkimin tarafsızlık konusunda bilinçli çaba gösterebilme olasılığı, bir diğerinin kürsüye çıkmakla kendini hemen hatasız mantıki bir hakikat organı yapması inancından fazla olacaktır.

Özetle, bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığı için dıştan gelebilecek uygun olmayan etkilerin yokluğu yanında hâkimlerin zihniyet kalıpları da önemsenmelidir. Kendilerini hükümetin(devletin)değil, hukuk ve adaletin sadık hizmetkarları olarak gören hâkim ve savcılar, bağımsızlık ve tarafsızlık standartlarını yukarı çekebilirler. Kuşkusuz, objektif ve gerçekten bağımsız hâkimler için temel çalışmaya hukuk fakültesi sıralarında başlanmalı; mezunlar hukuksal metinleri ve yüksek mahkeme içtihatlarını eleştirmeden ezberleyenler olmak (*içtihat fetişistleri*) yerine eleştirel bir hukuk bilince sahip kişiler olmak için çaba göstermelidirler. Ancak bu şekilde, sektörde *mesleki eleştiri kültürü* gelişme gösterebilir. Bu anlayış, sorgulamayan sadık bürokrat yerine, özgür beyinli hukukçudan yararlanmak bakımından mesleğe alınma ve terfi gibi ilgili standartların formüle edilmesinde de göz önüne alınmalıdır.¹¹¹ Her birey için bağımsız, güvenceli ve tarafsız bir yargı önünde hak aramak ve yargılanmak bir hak olduğu gibi bu ortamı sağlamak ta devlet için bir “ödev” dir.

Çıkarım olarak, genelde, objektiflik/tarafsızlıktan yoksun bir yargılama süreci algısal olarak güvenilmez olduğu gibi ekseriya hukukun *de jure* ve *de facto* eşleşmesinden sapmayı da beslemektedir. Bu sapma çok aşırı olduğunda hukuk sisteminin varlığı için ölümcül bir

¹¹ “Yüksek mahkemelerin hâkim ve savcılara dosyaları üzerinden not verme usulü kaldırılarak hâkimlerin ve mahkemelerin daha özgün ve yenilikçi karar vermesi sağlanmıştır.” Bkz. Adalet Bakanlığı, Yargıda Reform (Kasım 2012) s.10. Araştırma bazlı olmayan bu tür kategorik önermelerden kaçınılmalıdır(Yazarın notudur).

risk oluşturacaktır.¹² Hukuk eğitimi hâkimleri insani hatalardan alıkoymamaktadır. Onlar da, normal insanlar gibi algısal ön yargılara gebedir. Davaların azlığı/karar için ayrılan zamanın yeterli olması bu türden hataları giderebilecek türdendir. Son zamanlarda *usuli adalet* konusu özellikle ülkemizde gündeme gelmiş bulunmaktadır. Kişilerin mahkemelerde adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadıkları konusundaki algıları bazen davanın sonucundan daha önemli görülmüştür. Hâkimler, usul hukuku öğretisinde tartışılanlardan farklı ölçütler kullanmaktadırlar.¹³

¹² Bu bağlamda Amerikan hukuk teorisyeni Fuller'in bir hukuk sistemine özgü iç ahlakın koşulları olan sekiz ilke/koşulu göz önünde bulundurulmalıdır: genellik, ilan edilmesi, geçmişe işlemezlilik, açıklık, tutarlılık, olanaksızın istenmemesi, zaman içinde devamlılık ve kuralla uygulama arasında tutarlılıktır. Bu koşullardan birinin tümünden göz ardı edilmesi toplumu sadece kötü bir hukuk sistemine götürmekle kalmayıp, hukuk sistemi etiketine de yabancılaştırmaktadır. Kuşkusuz, kişinin var olmayan veya kendisinden gizli tutulan veya kendi eyleminden sonra vaz edilen veya anlaşılmayan veya aynı sistemin diğer bir kuralına ters düşen ve her dakika değişen bir hukuk kuralına itaat için ahlaki görevi olduğu savı akli dayanakta yoksun kalacaktır (a rule of law culture). O'na göre bu usul ilkelerine uyum zamanla hukuku maddi anlamda saflaştıracaktır. L.L.Fuller.The Morality of Law, 1969, p.39; Fuller. "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart"; T.Giegrich. "Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla ilişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler" Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Sempozyumu, Adalet Akademisi Yayın no.6,2009, s.29 71 Hav.L.Rev., 1958, s.643 (*İnsanlar doğru şekilde davranmaya zorlandıklarında genelde doğru şeyler yapar ilkesi esas alınarak, mümkün olduğunca, maddi amaçlara usuli olarak erişilmelidir.*)

¹³ Nitekim, son zamanlarda usuli adalet konusu özellikle ülkemizde gündeme gelmiş bulunmaktadır (Bkz. Tyler, 2006). Yapılan yüzlerce çalışmada, kişilerin mahkemelerde adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadıkları konusundaki algıları bazen davanın sonucundan daha önemli görülmüştür. Hâkimler süreçte usul hukuku öğretisinde tartışılanlardan farklı ölçütler kullanmaktadırlar. Ayrıca bkz. M.T.Yücel. Adalet Psikolojisi 8.bası, 2013; S.Selçuk. "Yanlı Yargılama" Milliyet (18/10/2013) s.2.; D. Klein ve G. Mitchell. The Psychology of Judicial Decision Making, Oxford University Press, 2010.