

KAMU YARARINA ÇALIŞMADAN “TOPLUMSAL YAPTIRIMLARA”: KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ AÇISI¹

Prof. Dr. Anton M. Van KALMTHOUT*
Çeviren: Burhan ALICI**

1. Toplumsal Yaptırımlar: Eski Şarap Yeni Torbalarda

Son 20 yılda yeni infaz modellerinin kabulü nedeniyle Avrupa’da ve Avrupa dışındaki ülkelerde yaptırım çeşitleri önemli ölçüde değişmiştir. İlginç olan taraf, yeni olarak ortaya konulmuş olan bu ‘alternatif’ yaptırımların çoğu, yüzyıl öncesine dayanan eski fikirlerin ve konseptlerin tekrar canlanması şeklinde olmuştur. Bu durum, Avrupa ceza hukuku geçmişinde ülkelerin, suçu önleme çalışmalarında ve suçların insaniliği bakımından şu ana kadar kullanılan hürriyeti bağlayıcı cezalardan daha ucuz ve etkili olan infaz türünü ve ceza hukuku yaptırımını bulma ve geliştirme konusunda, yakın işbirliğine giriştikleri ilk çalışma değildir².

¹ Makalenin benzer İngilizce yazılmış versiyonu, Kalmthout, Anton M. Van; From Community Service to Community Sanctions başlığı altında: Albrecht H.-J. & A.M. van Kalmthout, Community Sanctions and Measures in Europa and North America. Max-Planck- Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br. 2001 adlı kitapta bulunmaktadır. Ancak tercümesi yapılan makale Hollandaca çalışılmış versiyonu üzerinden yapıldığından İngilizce metinden farklılıklar göstermektedir (Mütercim)

* **Prof. Dr. Anton M. Van Kalmthout;** Ceza ve Göçmen Hukuku profesörü olarak Tilburg Üniversitesi Hukuk Fakültesinde (Hollanda) öğretim görevlisi, Rusya Federasyonu Krasnoyarsk Devlet Üniversitesinde Karşılaştırmalı Ceza Hukuku onursal Profesörü, Avonts/Fontys Uygulamalı Bilimler Üniversitesinde (Hukuk Fakültesi) onursal öğre-tim görevlisi olarak görev yapmaktadır. Hollanda Denetimli Serbestlik Kurulu’ nun başkan yardımcılığı, Surinam Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı hukuk danışmanlığı görevlerini de yürütmektedir. 2006 yılından beri Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) üyesidir.

** **Burhan Alici;** halen Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Hâkimi olarak görev yapmakta ve görevli olarak Brüksel Serbest Üniversitesi Hukuk ve Kriminoloji Fakültesi’nde doktora öğrenimine devam etmektedir.

² Hapis cezasına geçmişine genel bir bakış ve hapis cezasına alternatif gelişmelerle ilgili olarak bakınız; Kalmthout van A.M. and P.J.P. Tak, Sanctions Systems in the Member States of the Council of Europe, Deventer/ Boston 1988 (Part I) and 1992 (Part 2) ve J. Junger-Tas, Alternatives to Prison Sentences: Experiences and Developments, Amsterdam- New York, 1994.

Bugün,³ yaklaşık 150 yıl önce önemli ceza hukuku reformistlerinden Fransa’da Bonneville de Marsagny⁴ ve Franck⁵, İngiltere’de Tallack’ in⁶ kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları eleştirdikleri ve o zamana kadar suç üzerinde cezalandırıcı etkisi nedeniyle kullanılan hapis cezası yerine, hürriyetten yoksun bırakmayan alternatifleri savduklarını görmekteyiz. Hapis cezasına olan bu ilk eleştiri, hapis cezasının Batı Avrupa ülkeleri ceza kanunlarında gerçek bir temel ceza olarak kabul edilmesinin henüz üzerinden 100 yıl geçmeden yapılmıştı. Aydınlanma dönemi fikirlerinin etkisi ile o zamanın ceza hukuku uzmanları ile kanun koyucuları hapis cezasını o zamanlarda kullanılan ölüm cezası, dayak cezaları, zorunlu çalışma (angarya) ve kürek cezasına oranla daha gelecek vadeden alternatif olarak görüyorlardı. Hapis cezası yalnızca daha insani olduğu için değil, aynı zamanda hükümlünün iyileştirilmesi, rehabilitasyonuna hizmet edebilecek olmasından dolayı da savunuluyordu.

Bu beklentilerin aksine, yüzyıl sonra hapis cezasından olan yüksek beklentinin büyük oranda gerçekleştirilemediği anlaşıldı. Bu durum hapis cezasının gelişmeye ve üretkenliğe elverişli olmayan, hükümlüleri hapsederek ve böylece korkutmak suretiyle, suç önleme görevini ve özellikle topluma tekrar kazandırma amacının gerçekleştirilmesindeki imkânsızlık konusunda eleştiri gelmesini beraberinde getirdi. Ceza infaz kurumundaki kalışın, kanunla ihtilafa düşmüş olan kişinin iyileşmesini beraberinde getirmeyeceği görüldü. Buna karşılık, kişinin öz güveninin sarsılmasına, sorumluluğunun ve zihni esnekliğinin ortadan kaldırılmasına ve topluma uyumunu tahliye sonrasına bırakılmasına sebep olmaktadır. Yine hapis cezalarının mali ve sosyal masrafları, hapis cezalarının özellikle mali gücü zayıf olan hükümlülere verilmesi konusundaki eğilim, uluslararası alanda genelde hapis cezalarına ve özelde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara karşı olumsuz kampanyaları güçlendiriyordu.

Bu kampanya başarısız sayılmazdı. Özellikle çeşitli Uluslararası Ceza Kongreleri⁷, Von Liszt, van Hamel ve Prins’in fikirleri ile başlatılan

³ Makale 2006 yılında yazılmıştır (Mütercim).

⁴ Bonneville de Marsagny, De l’amelioration de la loi criminelle, vol.1, Paris 1855, vol.2, Paris 1864.

⁵ A. Franck, Philosophie du droit penal, Paris 1864.

⁶ W. Tallack, Defects in the criminal administration and penal legislation of Great Britain and Ireland, London 1872.

⁷ Actes du Congres Penitentiaire International de Rome, november 1885, Volumel, Rome 1887.

“Modern Hareket” ve onların kurduğu “Uluslararası Suç Derneği”⁸ bu kampanyayı güçlü şekilde etkiliyordu. Bu hareketin etkisi günümüze kadar hemen hemen tüm Batı Avrupa ülkelerinin suç ve infaz politikalarında fark edilmektedir. Yine eski Doğu Bloku ülkelerinde yeni yapılan ceza hukuku reformlarında da “Modern Hareket”in mantığını yansıtan çok unsur vardır. Modern Hareketin çoğu fikirleri ancak 19. yüzyılın sonu ile 20. yüzyılın başlarında çeşitli ülkelerde kanunlaştı (cezai tedbirler, gün ceza sistemi, özel çocuk ceza kanunu, denetimli serbestlik, cezanın ertelenmesi).

Yine de bu dönemin hâkim anlayışı, Von Liszt ve diğerlerinin güçlü olarak savunduğu ücretsiz çalışmanın ceza yaptırımı olarak kabulü gibi farklı fikirler için henüz olgunlaşmamıştır. Doğmatik, teorik ve pratik itirazlar tartışmalarda Von Liszt ve destekçilerinin ileri sürdüğü argümanlardan daha baskın geliyordu. Buna rağmen 100 yıl önce çalışma cezasının düzenlendiği nadir ülkelerde -Almanya, İtalya, Norveç, Portekiz ve İsviçre - bu ceza hapis cezası yerine verilen ve sınırlı bir fonksiyonu olan bir cezanın ötesine geçemeyerek pratikte ölü bir düzenlemeden öteye gidemiyordu. Bilhassa çalışma cezasının infazındaki altyapı eksikliği bu duruma sebebiyet veriyordu. Hapis cezasına alternatif olarak verilen çalışma cezasına olan ihtiyaç, çoğu ülkelerde kişinin mali gücüne göre ödemeyi esas alan para cezası sistemi ile hürriyetten yoksun bırakmayan diğer yaptırım çeşitlerinin -erteleme gibi- uygulamaya konulmasının devamında yavaş yavaş ortaya çıkmıştır. Diğer bir sebep ise sosyal ve ekonomik durumlarda meydana gelen iyileşmeler sonucunda para cezasının ödenmemesi durumunda verilen hapis cezasının azalmasıdır. Almanya’da çalışma cezasının hapis cezası yerine verilen cezaya alternatif olarak tekrar ortaya çıkışı 80’li yıllarda ekonomik krizin etkisi ile para cezalarının ödenmemesi sonucu kişilerin tekrar ertelenemeyen hapis cezaları ile karşı karşıya kalmaları durumunda olmuştur

Avrupa ceza hukuku sistemlerinin hapis cezasına alternatifleri aramaya başlamaları 70’li yıllara kadar sarkarak yaklaşık 100 yıl sürmüştü. Bu arayış günümüzde ‘alternatif yaptırımlar’, ‘ara (intermediaire) yaptırımlar’ veya ‘toplumsal yaptırımlar’ olarak adlandırılan kavramların girişiyile sonuçlanmıştır. Bu yaptırımların büyük bir kısmı ‘Modern Hareketin’ eski kavramlarıdır. Bu durum özellikle *çalışma cezası, adli tevbih, kefa-*

⁸ Liszt von F., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Volume I, 1875-1891, Berlin 1905.

let, tazmin, ev hapsi, eğitim programları ve bir kısım hakların sınırlandırılması ya da kullanılmasından yoksun bırakılmasında geçerlidir.

II- Yeni Alternatiflere Olan Güncel İhtiyaç

Bir asırdan daha önce geliştirilen bu düşüncelerin tekrar canlanmasına yönelik çeşitli sebeplerin gösterilmesi mümkündür. İlk olarak, hemen hemen tüm Batı Avrupa ülkelerinin son yirmi yılda kayda giren suç miktarında önemli artışla karşı karşıya kalmasıdır. Bu artışın bir bölümü gasp, hırsızlık, mülkiyeti ihlal (vervreemding van eigendom), şiddet gibi geleneksel suçlar veya vandalizm veya hız aşımı ve herhangi bir madde etkisi altında (alkol uyuşturucu gibi) araç sürme (rijden onder invloed) gibi hafif suçlardır. Diğer bir bölüm ise yeni suçlar olarak ifade edilen uyuşturucu suçları, uyuşturucu bağlantılı suçlar, çevre suçları, bilgisayar suçları ve organize suçluluğun katılımı ile bağlantılı olarak gerçekleşen silah ticareti, uyuşturucu ticareti ve dağıtımı, terörizm, kadın ticareti, çocuk ticareti ve insan kaçakçılığı suçlarıdır.

Suç rakamlarındaki artış ve beraberinde adalet sistemi ile ceza infaz kurumlarına gerçekleşen aşırı yüklenme, yetmişli yıllardaki ekonomik kriz, davranış ideolojisinin efsaneleştirilmemesi ile birlikte, ceza hukukunun insanileştirilmesi ve reforme edilmesine yönelik toplumsal eleştiri hareketlerinin de aynı dönemde oluşu Avrupa ülkelerindeki çoğu hükümetlerin kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine alternatifler aramasına sebep olmuştur. Alternatiflerden ilk olarak gün yüzüne çıkanı 1970 yılında 'Ceza Sisteminde Tavsiye Konseyi' tarafından önerilen teklifin 1972 yılında İngiliz yaptırım paketine eklenmesidir.⁹ Tavsiye Konseyi ve İngiliz kanun koyucunun görüşüne göre ücretsiz olarak asgari 40 saat azami 240 saatten oluşan toplum yararına çalışma yaptırımını değerli, kılan bünyesinde dört çeşit amacı taşımaktadır:

- 1- Cezalandırma (Hükümlünün vaktini cezalandırma).
- 2- Birlikte yaşamın karşılıklı olarak iyileştirilmesi.
- 3- Suçlunun tekrar sosyalleştirilmesi.
- 4- Hapis cezasının yerine geçmesi¹⁰.

⁹ Advisory Council on the Penal System, Non- Custodial and Semi- Custodial Penalties, HMSO, London 1970.

¹⁰ Çalışma cezası emrinin oluşum hikayesi ile ilgili olarak bkz.: Rex, S., The development and use of community sanctions and measures in England and Wales; Albrecht, H-J. en van Kalmthout, A. M., Community Sanctions and Measures in Europe and North America, Freiburg 2000.

İlk önce kara Avrupa'sında İngiliz örneğinin takipçisinin bulunabileceği gözüküyordu. Von Liszt ve diğer çalışma cezasını savunan kişiler döneminde ileri sürülen aynı gerekçeler şimdi tekrar üstesinden gelineme-yecek problemler olarak gösteriliyordu. En fazla dile getirilen itirazlar:

- 1- Çalışma, bir haktır ve ceza olarak değeri düşürülemez,
- 2- İş pazarı tahrifi ve rekabet tehlikesi,
- 3- Uygulamada eşit davranamama ve yaygınlaştırma (netwidening) rizi-kosu,
- 4- İstenen altyapının bulunmaması,
- 5- Hapis cezasına alternatif olarak ortaya konan yaptırımın hafif seçenek olarak takdiri nedeniyle toplumdaki ve yargı erkinden gerekli desteği bu-lamayacak olması.

Bunun yanında doğmatik-sistematik karakterli gerekçelerde eklenmekte-dir. Bunları da belirtecek olursak

- 1- Kusursuzluk ve angarya yaşağı ile ilgili ulusal (anayasal) ve uluslara-rası hükümlerle olan çelişki,
- 2- Kabul şartında irade özgürlüğünün bulunmaması,
- 3- Cezanın, cezai karakterinin sanığa seçme imkânı ile birleştirilmesinde-ki ilkesel imkânsızlık¹¹.

Çoğu ülkelerde bu cezanın organizasyonu ve infazından, içeriğinin kont-rolünden kimin sorumlu olacağı da özel bir problem olarak soru işaretle-rini beraberinde getiriyordu. İngiltere örneğinde olduğu gibi tabiatı gereği bunun denetimli serbestlik kuruluşları olması gerektiği ileri sürüldü. Ama çoğu ülkelerde benzer bir organizasyonun olmayışı bir problem teşkil ediyordu. Denetimli serbestlik kuruluşlarının çoğu uzun zaman, prensip-

¹¹ Çalışma cezasının temel ceza olarak yürürlüğe konmasında Alman Komisyonunda hala bu doğmatik- sistematik problemler, yaptırım çeşitlerinde yapılacak reform konusunda hükümet teklifinin geri çekilmesinde en önemli nedendir. Bunun yerine komisyon altı aylık hapis cezası yerine kamu yararına çalışmanın verilebileceğini ön görmüştür. Daha sonra bu teklif madde 55a olarak kabul edildi. Bu teklif gereğince mahkeme sanığın hapis cezası infazı yerine, hapis cezasını ücretsiz çalışmaya çevire-rek yerine getirmesine izin verebilir. Mahkeme, sanığın daha önce ertelenmemiş bir ceza ile mahkûm olmaması durumunda ücretsiz çalışmaya hükmetmek zorundadır. Aynı yapı gereği erteli hapis cezası veya para cezasına çarptırıldıktan sonra daha uy-gun olan konuşma kursu yerine çalışma cezası verilebilir. Bkz. Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionsrecht (Stand 8. Dezember 2000), www.bmj.bund.de., pp. 6-9 ve Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, März 2000, www.bmj.bund.de., pp. 8-9 ve 21-24.

leri gereği toplum temelli işleri ve metotlarını daha çok adaletin hizmetinde olan bir denetim organı özelliğine terk etmesine ilgi duymadılar.

Arka planda mevcut olan bu teorik ve pratik sıkıntılar karşısında Batı Avrupa ülkelerinin çoğunun başlangıçta İngiltere örneğini takip konusunda yeterli arzuyu göstermemeleri şaşırtıcı değildir. Kara Avrupa’ında ilk tecrübelerin gerçekleşmesi için on yıl geçmişti. Hollanda bu konuda ilk inisiyatifi kullanan ülke (1981), bunu Fransa ve İrlanda (1982), Danimarka (1982), Portekiz (1983) ve Norveç (1984) takip etti.

Otuz beş yıl sonra, 1972- 2005 dönemine geri bakıldığında, 1985 yılındaki görüntünün ne kadar hızlı değiştiği göze çaracaktır. Son kullanılabilir verilere göre hemen hemen Avrupa Konseyine üye 46 ülkenin tamamı çalışma cezasını bir şekilde cezai bir yaptırım çeşidi olarak kabul etmiştir¹². Buna eski Doğu Bloku ülkelerinin tamamına yakını da dâhildir. Her ne kadar ücretsiz çalışma cezası, yaptırım çeşidi olarak köklerini Kara Avrupa ve Anglo- Amerikan hukuk kültüründen alıyorsa da, dünyanın diğer kıtalarında da kanun koyucular ve hukuk otoriteleri artan ölçüde bu yaptırımdan etkilendiğini görüyoruz. Bu arada Asya’da; Hong Kong, Sri Lanka ve Fiji Adalarında deneme uygulamalarına başlandı ve yine eski komünist ülkelerde çalışma cezasının diğer yaptırım çeşitlerinin ve ceza infaz kurumu sistemlerinin insanileştirilmesi gerekliliğinin gerçek bir tercihi olduğunu lanse etmeye yönelik konferanslar organize edildi¹³. Avustralya ve Yeni Zelanda¹⁴ ile bir kısım Güney Amerika ülkelerinde¹⁵ (Peru, Brezilya) ücretsiz çalışma müstakil bir ceza, Kolombiya’da da para cezasının alternatifi olarak ceza kanunlarında yerini almıştır. Af-

¹² Bkz.: P. V.Tournier, Annual penal statistics of the Council of Europe, Space II: Community sanctions and measures (CSM) ordered in 1977, Penological Information Bulletin no. 22, December 2000, p. 93-111; H-J. Albrecht & A.M. van Kalmthout (eds), Community Sanctions and Measures in Europe and North America, o.c. ; Anton M. Kalmthout & Jack T.M. Derks, Probation and Probation Services, A European Perspective, Nijmegen 2000 eve A. Kuhn, Sanctions and their severity, in: M. Joutsen, K. Kangaspunta, N. Hollus (eds), crime and Criminal Justice in Europe and North America 1990-1994, Helsinki 1998, pp. 115-143.

¹³ Bkz.: H. Sugihara et all., An overview of Alternatives to Imprisonment in Asia and the Pacific Region, in: U Svekic (ed), Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspective, UNICRI Research Workshop Document, Vol. I, Chicago, pp. 95-203 en Penal Reform International, Resolution And Recommendations of the international conference on Alternatives to imprisonment in Kazakistan, London Oktober 1999.

¹⁴ S. Mukherjee, Crime and Justice in Australia, (2nd. ed.), Sydney 1997, pp.74 en Idem, The Use and Effectiveness of Community Service Orders, o.c., p.193.

¹⁵ Bkz. C. Morgenstern, o.c., p.47.

rika’da 1993 yılında Uluslararası Ceza Reformunun desteği ile Zimbabwe’de diğer Afrika ülkelerine yaymak amacı ile birkaç model proje uygulamaya kondu. Bu arada benzer projeler Uganda, Kenya, Malavi, Zambia, Burkina Faso, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Kongo -Brazaville’de de uygulamaya konulurken Mali, Mozambik ve Senegal’de aynısını yapmak için üzerinde değerlendirmelerini sürdürmektedirler¹⁶. Bu hareketliliğin temelinde 1997 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından Kadoma’da (Zimbabve) düzenlenen ‘Afrika’da Çalışma Cezası Emirlerine İlişkin Uluslararası Konferans’ ve bunun sonucunda çıkan ‘Çalışma Cezasına İlişkin Kadoma Deklarasyonu’ ve ‘Kadoma Eylem Planı’dır¹⁷.

III. Kanunlara Aykırı Hareket Edenlerin Cezalandırılmasında Devletin Önemi

Klasik reform hareketinin aksine, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif arayışı ve bilgi ile tecrübe alış veriş, Association Internationale de Droit Pénal, International Penal and Penitentiary Foundation, Conférence Permanente Européenne de la Probation, Penal Reform International ve Societé International de Défense Sociale gibi devlet dışı organizasyonları hesaba katmadan artık çalışılacak bir alan değildir. Bu durum günümüzde, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler gibi uluslar üstü kuruluşların da haklı dikkatini çekmiştir. Bu kuruluşlar tarafından yapılan çalışmalar, Avrupa Konseyi Bakanlar toplantısında alınan kararlar ve yine beş yılda bir Birleşmiş Milletler tarafından suçu önleme ve hükümlülerin davranışları konusunda yapılan kongreler, geçmişte olduğu gibi bir yere kapatmayı esas alan yaptırım ve tedbirler yerine günümüzde alternatif tedbirler ve yaptırımların geliştirilmesi ve hayata geçirilmesini büyük ölçüde etkilediler¹⁸.

¹⁶ Bkz. Penal Reform International, Community Service as an alternative to custody, www.penalreform.org/english/altern_cs.htm.

¹⁷ Bkz: United Nations, Economic and Social Council, Resolution 1998/23, Annex 1, 44th plenary meeting, 28July 1998.

¹⁸ Örnekler için: Sekizinci Suçun Önlenmesi ve Hükümlülerin İyileştirilmesi Birleşmiş Milletler Kongresi, Havana 1990, a/ conf. 144/28/Rev.1; Avrupa Konseyi: 1) Cezanın Ertelenmesi, Denetimli Serbestlik ve Hapis Cezasına Diğer Alternatifler Hakkında (65) 1 Sayılı Tavsiye Kararı; 2) Şartlı Tahliye Edilen veya Şartlı Cezalandırılanların Tahliye Sonrası Gözetimi ve Korunması için Alman Tedbirlerin Pratik Organizasyonu Hakkında (70) 1 Sayılı Tavsiye Kararı; 3) Hapis Cezasına Alternatif Belirli Ceza Tedbirleri Hakkında (76)10 Sayılı Tavsiye Kararı; 4) Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kuralları (92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı.

Yüzyıl önce hapis cezalarının faydası ve zararını açıklamak için ileri sürülen gerekçeler, geçerliliğini ve güncelliğini devam ettirememiştir. Halen Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’nin 1980 yılında Karakas’ta düzenlenen ‘Suçun Önlenmesi ve Hükümlülerin İyileştirilmesi Kongresi’ çalışma raporunun gereği olarak ifade edilen konular geçerliliğini sürdürmektedir: “Ceza infaz kurumunun doğası gereği ortaya çıkan kısıtlayıcı ve rehabilite edici fonksiyonları arasındaki çelişki konusundaki geleneksel düşüncelerin yanında, hapsedmenin gayri insanileştirici yönü, toplu olarak yaşamının insan kişiliğini zayıflatıcı etkisi, hapis cezasının suçlunun kanunlara itaatkâr olarak yaşaması şansını geliştirmesi ya da suç oranlarını düşürmesinin mümkün olmadığına ilişkin bilincin artması gibi etkenler, suçluların ceza infaz kurumu dışında ya da ceza infaz kurumsuz bir muameleye tabi tutulması yönündeki hareketi güçlendirmektedir.”¹⁹

IV. Avrupa Konseyi Tavsiyeleri

Hapis cezasına alternatiflerin geliştirilmesine Avrupa Konseyi’nin Tavsiye Kararları’nın da önemli etkisi olmuştur. 1976 yılında (76) 10 sayılı tavsiye kararının “Hapis cezasına alternatif bazı ceza tedbirleri” bölümü altında üye ülkelerin hükümetlerine yalnızca mevcut olan para cezası ve hükümlünün denetimli serbestlik tarafından takibi gibi alternatifleri daha ileriye götürmeleri istenmemekte, ayrıca:

“Kendi mevzuatlarına dâhil edilebilecek çeşitli, yeni, hapis cezasına alternatifler üzerinde çalışmalarını ve özellikle;

- a. Suçlu bulunmaya tamamen işaret eden fakat suçluya ehemmiyetli bir ceza vermeyen ceza tedbirlerinin faaliyet alanını göz önünde tutmalarını;
- b. Suçlunun mahkûmiyet sonrası gelişimini dikkate alarak, bir ceza uygulanmasını gerektirecek hüküm kurulduktan sonra verilen cezanın tecil edilebilmesini kolaylaştırmalarını;
- c. Kamu hizmetlerinde çalıştırmanın avantajlarını ve özellikle sağladığı fırsatları gözetmelerini:
 - Suçlu bakımından kamu hizmetlerinde çalışarak ıslah olmak,
 - Toplum bakımından, gönüllü çalışmada işbirliğini kabul ederek suçlunun yeniden topluma kazandırılmasına katkıda bulunmak;

¹⁹ Birleşmiş Milletler Sekreterliği, Alternatives to imprisonment, op.cit., p.3.

d. Suçlunun toplumla olan bağlarının korunmasını veya yeniden kurmasını sağlayacak olan ve tam hapsedilmeden daha hafif bir ceza biçimi olan yarı hapislik ile ne gibi katkılar sağlanabileceğini göz önünde tutmalarını.”

Önemli olan diğer bir tavsiye, Tavsiye 914 (1981)²⁰:

“Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde mümkün olduğu ölçüde kısa dönemli hapis cezalarının sorunsuz bir şekilde aynı etkiye sahip başka tedbirlerle değiştirilmesi yönündeki mevcut eğilimin cesaretlendirilmesi istenmektedir”.

Bu tavsiye kararında kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara getirilen en önemli eleştiri insani ve ideoloji temelli düşünceler iken, sonraki tavsiye kararlarında ekonomik ve faydacı saikler daha çok vurgulanmaya başlanmıştır. Bu eğilimin ilk belirgin belirtilerini on üçüncü Adalet Bakanları Konferansında “ekonomik kriz ve suç” başlığını taşıyan üç no’lu karardır. Bu kararda ekonomik krizlerin ceza hukuku sistemlerinin çalışmasına olan olumsuz etkilerine işaret edilmiştir. Bu kararda, zararlı etkilerin sonucunda başka hangi önemli tedbirlerin alınarak zararların kaldırılması düşüncesi de vurgulanmaktadır:

“ a. Ekonomik kriz zamanlarında, tutukluluk süresi ve kısa dönemli hapis cezalarının kullanımının artmasından kaçınılması ve uygun alternatiflerin geliştirilmesi isteği,

b. Özellikle ekonomik kriz zamanlarında rehabilitasyonları zor olan genç suçluların mümkün olan yerlerde hapisle cezalandırılmalarının sınırlandırılması gereği,

c. Suçtan vazgeçirme ve suç işlemek için tedbirlerin geliştirilmesi imkanı.²¹”

Dört yıl sonra yayınlanan “Hapis Cezasına Alternatif Tedbirler”²² raporunda daha çok hapis cezasına alternatif bulmanın mali ve ekonomik gerekliliği üzerinde vurgu yapılmıştır:

²⁰ Bu karar 29 Ocak 1981 tarihinde kabul edildi (25 inci oturum).

²¹ On üçüncü Avrupa Adalet Bakanları Konferansı, Atina, 25-27 Mayıs 1982, MJU- 13 (82) Concl. Strasburg, 1982.

²² W. Rentzmann and J.P. Robert, Alternative Measures to imprisonment, Report of the 7th Conference of Directors of Prison Administration, Council of Europe, Straatsburg 1986.

“ ... hapsedme ile ilgili maliyetler o kadar arttı ki, çeşitli yerlerde ekonomi, ceza politikalarının gelişmesinde önemli bir faktör haline geldi. Uygulamacılar, artık sadece kriminolojik kriterler (tekrar suç işleme, yaptırımın cezalandırıcı yapısı) açısından basit tartışmalar değil aynı zamanda sosyo-ekonomik kriterler (cezaî tedbirlerin mali ve sosyal masrafları, yaptırımların sosyal etkileri) açısından da ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalıklaşması sorunu ile karşı karşıya kaldılar.”

Birkaç yıl sonra Birleşmiş Milletler tarafından da aynı içerikte kararlar çıkartıldı.1990 yılında bu tavsiyeler ‘Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları’ (Tokyo Kuralları) olarak somutlaştırıldı. Devamında 1992 yılında ‘Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları’ çıkartıldı. Takip eden yıllarda bu kurallar Bakanlar Komitesi Toplantıları ile daha somut tavsiyeler ile iyileştirildi. Örnek olarak:

- 1) Yaptırım ve Tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili personel hakkında R (97) 12 no’lu tavsiye;
- 2) Ceza infaz kurumlarının aşırı kalabalıklaşması ve doluluğu hakkında R (99) 22 no’lu tavsiye;
- 3) ‘Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kurallarının’ uygulanmasının geliştirilmesi ile ilgili R (2000) 22 no’lu tavsiye.

V. Yeni Alternatif Yaptırımların Genel Özellikleri

Kararların etkisi ile hemen hemen tüm Avrupa ülkeleri yukarıda ifade edilen problemlere cevap bulabilmek için girişimde bulundular. Girişimlerin büyük bir bölümü ulusal yaptırım çeşitlerinin iyileştirilmesini hedefliyordu. Girişimler Fransa ve İsviçre’de olduğu gibi bazen Ceza Kanunu’nun bir bölümü ya da hemen hemen tüm eski Doğu Bloku ülkelerinde olduğu gibi Ceza Kanunu’nun tümünün iyileştirilmesi şeklinde oluyordu.

Mevcut yaptırım çeşitlerini 20-30 yıl öncekilerle karşılaştırdığımızda önceden var olan basit ve açık yaptırım sistemlerinin (hürriyeti bağlayıcı cezalar, şartlı veya erteli hürriyeti bağlayıcı cezalar, tahliye sonrası denetimli serbestlik takibinin temel yaptırım olarak) hemen hemen tüm ülkelerde terk edildiğini görürüz. Bunun yerine listenin hürriyetten yoksun bırakmayan kamusal hizmet, tazminat ve telafi, fail- mağdur arabuluculuğu veya sosyal arabuluculuk (community mediation), bir kısım hakların

sınırlanması veya ruhsat iptali, eğitim programları, hareket özgürlüğünün kısıtlanması, kavrayışla ilgili durum tayini yapan eğitim ve öğretim programları, tedavi programları (özellikle uyuşturucu ve cinsel suçlular için), kontrol ve bulunma tedbirleri, topluma kazandırma kurumlarına veya günlük yerleştirme merkezlerine, topluma kazandırma tedbirlerinin gerçek denetimi, gece sokağa çıkma yasağı, ev hapsi ve elektronik takip, kısmi serbestlik (semi-liberte), cezanın denetimli olarak ertelenmesi, vasilik, sınırlı özgürlük (controlled freedom) gibi ceza ve tedbirlerin genişletilmiş çeşitleri ya da bunların kombinasyonundan oluşan bir liste olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışma cezası ve diğer sayılan çoğu yaptırım türlerinin en önemli niteliği, bu yaptırımlarda hükümlünün gönüllü olarak birlikte çalışması halinde anlam ifade etmesidir. Bu manada geleneksel yaptırımlarla aralarında esaslı farklar vardır. Kanunu ihlal eden kişinin birlikte çalışması bu yeni yaptırım çeşitlerinde kaçınılmaz olduğundan, çoğu ülkelerin kanun koyucuları sanığın rızasını istemektedir. Çoğu yargılamada şüpheli/sanığın rızasının istenmesinin ikinci nedeni bu cezalar (özellikle çalışma cezası durumunda) ile aksi takdirde angarya yasağını düzenleyen kanun hükümlerinin çatışma içerisinde olacağına ilişkin karşı konulamaz inanç. Uzun zaman Hollanda ve İngiltere’de de bu görüş hâkimdi. Bu ülkelerde de Çek Cumhuriyeti, Almanya ve Rusya Federasyonunda olduğu gibi çalışma cezasının verilmesi için rıza artık kanunen dikkate alınması gereken bir şart değildir. Bu ülkelerde önceden verilen rızanın olması kaydıyla angarya yasağını ihlal eden bir ceza olarak ilişkilendirilmemekte, fakat çalışma cezasının konusu olan işin veya aktivitenin türü ile durum ve şartları değerlendirilmektedir (cezanın süresi, çalışılacak saat sayısı, çalışmanın yapılacağı yerin türü ve hükümlünün yerleştirildiği yerdeki hukuki durumu).²³

Çalışma cezası ve diğer çoğu yeni yaptırım ve infaz çeşitlerinin ortak özelliği, toplumun bu yaptırımların infazında açıkça rol oynamasıdır. Bu, ceza hukuku tarihinde yeni olan bir görüntüdür. Siyasetin ve toplumun ceza hukuku infaz uygulamalarına olan dikkat çekici büyük ilgisi literatürde aşağıdaki şekilde ifade edilmektedir:

²³ Bu aynı zamanda Almanya Anayasa Mahkemesi’nin 14.11.1999-2 tarihli, BvR 1462/87, NstZ 1991,4, p.181 kararındaki düşüncesi; Bkz. A.M. Kalmthout, ‘Instemming in de aanbidding; en de rest?, De feitelijkte afschaffing van het aanbod- en instemmingvereiste bij de veroordeling tot ‘ dienstverlening’, in: R.D. Vriesendorp, M. L.W. Weerts and W.J. Witteveen, Het actuele recht, Lelystad 1993, pp. 95-99.

“Bugünkü eğilim ile yakın geçmiştekiler arasındaki temel farklılık, alternatif yaklaşımların eskiden özellikle hayır kurumları açısından tek tük ve dağınık tecrübelerden oluşmakta iken, bugün onlar global bir bakışla suçluluk problemiyle baş etmeye niyetli farklılaştırılmış stratejinin bir parçası olarak uygulanmakta ve planlanmaktadır ki burada ceza adalet sistemi çeşitli sektörleri entegre eden bir sistem olarak gözükmektedir. Devletle ilgili kaynak ve gayretler, artan bir şekilde ceza infaz kurumların rehabilite etmedeki yetersizliğine ve kurumsallaşmanın tümüne yönelik eğilimin parçası olarak ki bu akıl sağlığı alanını da karakterize etmektedir, yeni alternatiflerin ya da eski alternatiflerin yeniden geliştirilmesine, canlandırılmasına olan artan inancın sonucu olarak bu alana tahsis ediliyor. Toplum gerçekte tüm aklen zarar görmüş (akıl sağlığı eksik) ve zekâ geriliği olanları bakım evlerine nakletmiyor, fakirleri dışlamıyor veya yaşlıları da çalışma evlerine göndermiyor. Bu gibi kişilerin desteklenmesi ve bakımı tekrar topluma verildi. Bu sorumlulukların toplumda kalmasıyla ve bunun bu kişilerle baş etmek için anlamına uygun sunulmasıyla aynı zamanda toplumun üyelerinin parçalanmışlığı ve acizyet duygusu azaltılarak toplumun daha etkili bir şekilde bu kişilerle ilgilendiği de ortaya konmuş gözüküyor.”²⁴ Cezaların infazında, toplumla ilgi ve bağlantı çok önemlidir. Özellikle bu durum kamu yararına çalışma, sosyal eğitimler ve mağdurun ilgisine yönelmiş yaptırımlarda olmazsa olmaz şart ve daha önemlidir. İşte bu özellik, yaptırımları ‘toplumsal yaptırımlar’ veya ‘topluma dayalı yaptırımlar’ veya Hollandaca’ında ‘toplumsal cezalar’ yapıyor.

Avrupa Konseyi’nin R (92) 16 sayılı Tavsiye Kararı’na göre ‘toplumsal yaptırımlar ve tedbirler’ aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır:

“hükümlünün toplum içerisinde kalmasını sağlayan, şart ve /veya yükümlülük koyarak birtakım kısıtlamaları içeren ve bu amaçla hukuk içerisinde teşkil ettirilen kurumlarca infaz edilen yaptırım ve tedbirlerdir.”

Toplumsal cezaların gerçek değeri basit olayda kanunu ihlal eden kişinin toplum içerisinde cezasını çektiği vakit ortaya çıkmaktadır. Bu cezaların gerçek anlam ve değeri onların esas amacı olan: hükümlünün toplum içinde kazanılmasında aranmalıdır. Çünkü hapis cezalarının kişiyi toplumdan sosyal olarak dışlanmasına vurgu yapmasına karşılık, ‘toplumsal cezalar’ kanunu ihlal eden kişinin toplum içerisinde sosyal olarak kontrol

²⁴ Birleşmiş Milletler Sekreterliği, Alternatives to Imprisonment, International Review of Criminal Policy no. 36, 1980, New York 1983, s.9.

altına alınmasını (insluting) ve toplumun – ve özellikle yaptırımın infaz edildiği ortak mahal - ilgisi ve birlikte çalışmasının kesinlikle ön şart olmasına vurgu yapan cezalardır. Toplumsal cezalar sadece, aktif olarak bu topluma kazandırma sürecine ilgi duyan ve buna yönelik gerekli altyapıyı sağlayan ve bu yaptırımların özel şartların gereği olan hususları taşıyan seçilmiş ortam içerisinde uygulanabilir. Gereken şeylerden birisi, hedefi, misyonu, çalışma metotları ve çalışma tutumu ile toplumsal cezanın fikir ve çıkış noktalarını temel alan bir organizasyonun varlığıdır. Çoğu ülkelerde çalışma cezasının yürürlüğe girmesi – çoğunlukla ilk ve en başarılı yeni yaptırım olarak - denetimli serbestlik teşkilatlarının kuruluşu ile birlikte olmuştur (Baltık Ülkeleri, Romanya, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Bulgaristan, Moldovya, Macaristan). Bu durum, kuruluşların görev alanlarından da anlaşılmaktadır. Bu kuruluşlar kendilerini geleneksel görevleri (bilgilendirme raporları, değerlendirme, rehberlik ve denetim) ile sınırlamamakta, artan ölçüde toplumsal cezaların özel, yarı kamusal ve kamusal organizasyonlarla işbirliği içerisinde uygulaması ve organizasyonu hazırlıklarına öncelik vermektedirler²⁵. Bu bir taraftan denetimli serbestlik çalışmalarının toplumsal tabanını ortaya konması imkânlarını güçlü bir şekilde artırırken diğer taraftan günümüzde denetimli serbestliğin artık yaptırımların ve tedbirlerin ortak uygulayıcısı olarak adım atan bir kuruluşun sorumluluktan kaçınma imkânını ortadan kaldırmıştır. Denetimli serbestlik geleneği konusunda tarihi geçmişe sahip ülkelerde (İngiltere, Galler, Hollanda, Avusturya) bu klasik toplumsal çalışma eğilimi, adalet bağlantılı icra edilebilir göreve dönüşmesi şeklindeki anlayış değişikliği, gerekli heyecanı uyandırmamıştır²⁶.

VI. Çalışma Cezasının Benekli Tablosu

Avrupa Konseyi ülkelerinin hemen hemen hepsi ile diğer kıtalardaki ülkeler bu arada artan bir şekilde çalışma cezasını öyle ya da böyle yaptırım sistemlerinde yer vermişlerdir. Bu yaptırımın – infaz çeşidinin tüm durumlarında ortak özellik, sanık ya da hükümlüye boş vaktinde ücretsiz olarak toplumun ihtiyacına yönelik belirlenen saatte çalışmanın yerine getirilmesini istemektir. Bununla tüm benzerlikler ortadan kalkmaktadır.

²⁵ Denetimli Serbestliğin çeşitli Avrupa ceza hukuku sistemleri içerisindeki anlam ve rolüne genel bir bakış için bkz.: J.T.M. Derks & A.M. van Kalmthout, A Palette of European Probation Service Systems. In: A.M. van Kalmthout & J.T.M. Derks (Eds), Probation and Probation Services, a European Perspective, Nijmegen 2000.

²⁶ Bkz.: G. Mikusch & A. Pilgram, Community sanctions and measures in Austria ; Bkz. Dipnot 3.

Çalışma cezasının uygulandığı (uitgewerkt) ve yer verildiği yaptırım sistemlerinin usullerine göz atıldığında, bunlar arasında belli bir çizginin olduğunu bulmak zordur. En çok görüneni çalışma cezasının temel ceza olarak kabul edildiği türdür. Örneğin bu Belçika, İngiltere ve İskoçya, Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, Hollanda, Hırvatistan, Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İspanya, ABD, Sri Lanka, Avustralya, Kanada, Fiji Adaları, İsrail, Baltık Ülkeleri ve Moldavya’da olan durumdur. Bunun yanında çalışma cezası Almanya, Fransa ve İsveç gibi çoğu ülkelerde cezanın ertelenmesinin veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının (voorwaardelijk uitstel van vonniswijzing) önemli bir koşulu olarak ele alınmıştır. Bu infaz türlerinde genellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine alternatif olan temel çalışma cezasıdır. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza denildiğinde genellikle üç aydan altı aya kadar olan hapis cezası anlaşılmaktadır. Ancak bazı ülkelerde azami on iki ay hapsi gerektiren ceza olarak anlaşılır. Hatta tek ülkede (Yunanistan) ‘kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza’ azami üç yıl hapis cezasını ifade eder.

Belçika, Fransa, Çek Cumhuriyeti, Hollanda ve Avusturya gibi ülkelerde uygulama alanı daha geniş olan çalışma cezası, uyuşmazlığı yargılamaya götürmeden sonuçlandırmanın bir şartı veya şüpheli ile mağdur/toplum arasında arabuluculuk usulü olarak da görev yapmaktadır (cezalandırmadan şartlı vazgeçme ve uzlaşma). Bu usullerde çalışma şartı hapis cezası ile aynı ölçüde olmayan, ancak daha ziyade bir para cezasının karşılığı olmaktadır. Para cezasına dolaylı bir alternatif olarak, para cezasının ödenmemesi durumunda hapis cezasının uygulandığı ülkelerde çalışma cezası alternatif olarak da kullanılmaktadır. Bu daha çok Almanya, Polonya, İsviçre ve İspanya’daki durumdur. Bununla çeşitlere olan genel bakış henüz bitmedi. Çalışma cezası, affin sağlanmasının şartı (Hollanda, Almanya), trafik suçlarında (delict) ferî ceza, hapis cezasının son kısmını karşılayan bir infaz çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır (Hollanda’daki pişmanlık (penitentiare) programları).

Bahsedilen bu çeşitler içerisinde alt çeşitlerde bulunmaktadır. Bir kısım ülkelerde temel ceza olarak çalışma cezası, hapis cezası ile hukuki bağlantısı olmayan kendine özgü bir yaptırım türü olarak yer almaktadır (İngiltere ve Hollanda). Temel ceza türü olarak çalışma cezasına en çok ikame infaz çeşidi olarak karşılaşılmaktadır. Bu durum çalışma cezasının ancak fiilen verilmesi tasarlanmış olan bir hapis cezasının yerine verilebileceğini beraberinde getirmektedir. Böylece çalışma cezasının şarta bağla

olmayan hapis cezası dışında başka cezalarda da kullanılmasının görünmesine çalışılıyor. Bu ikame infaz türü daha çok Fransa, Norveç, Portekiz ve Çek Cumhuriyetinde uygulanmaktadır.

Çalışma cezasının temel ceza ve özel şart olarak kullanılmasında ortaya çıkan önemli fark, birincisinde cezalandırma vurgusunun daha ön planda olmasıdır. Bu durum çalışma cezasının ‘zamanın cezalandırılması’ ve ‘özgürlüğün sınırlandırılması suretiyle cezalandırma’ veya ‘boş vakit cezası’ şeklinde formüle edilmesi bu türde öncelik olarak kendini göstermektedir. Boş vaktin alınması ve çalışma ücretinden mahrum bırakılması bir cezadır. Şartlı türde çalışma cezasının öncelikle davranış koşullarını özel olarak önlemeye yönelmiş karakteri ön plandadır. Almanya, Danimarka ve İsveç gibi ülkelerde çalışma koşulları özellikle ceza gibi olmayan eğitici, tekrar sosyalleşmesine yönelik tedbirler şeklinde karakterize edilmektedir. Bu durum, içeriğinin, kapsamının ve rehberliğin çalışma cezasının temel ceza şeklinde ortaya konulması halinden farklı olarak oluşmasını da gerektirmektedir. Bu ayrıcı özellik dolayısıyla ‘çıplak’ çalışma cezası kavramı, Hollanda’da uygulandığı şekliyle denetimli serbestlik teşkilatının klasik destek ve yardım faaliyetinde bulunmaksızın, çalışma cezasının organize edilmesi ve kontrolü ile sınırlı olarak rol aldığı cezadır.

Yukarıda türler ile ilgili anlatılan çeşitlilik çalışma cezasının çok karakterliliğini ve bu ceza ile amaçlanan hedeflerin farklılığını da ortaya koymaktadır. Bu birkaç türün birlikte uygulanmakta olduğu ülkelerde karışık bir görüntü vermektedir. Örneğin Fransa’da Genel Toplum Yararına Çalışma (Travail d’intérêt général) dört türde görüldüğü gibi: ikame- temel ceza, cezanın ertelenmesinde özel bir şart olarak, on iki aya kadar olan şartsız hapis cezalarında infaz türü ve bir kısım trafik suçlarında ferî ceza olarak. Almanya’da da farklı türler vardır: cezalandırmadan şartlı vazgeçmenin / uyuşmazlığı yargılamaya götürmeden sonuçlandırmanın bir şartı, cezanın ertelenmesinde bir şart, affın bir şartı ve para cezası yerine verilen hapis cezasının (vervangende vrijheidstraf) yerine geçen bir ceza olarak verilebildiğini görürüz.

Çalışma cezasının cezai yönüne yapılan güçlü vurguya itiraz nedeniyle, hapis cezası yerine ayakları yere basan gerçek bir alternatif temel ceza olması zordur. Cezai bir bakış açısıyla çalışma cezasının rekabet etmesi neredeyse imkânsızdır. Bu sebeptendir ki kanun koyucuların çoğu başarısızlık sayısının çokluğundan korkarak, hükümlüye getirilecek fiili yükümlülüğün 200-240 saatten daha fazla kabul etmeyerek, teorik olarak

azami 6 aydan 12 aya kadar olan bir hapis cezasını bir alternatif olarak çalışma cezasını öngörmüşlerdir. Bu daha çok Finlandiya, Danimarka, İrlanda, Lüksemburg, Rusya, İsveç, Fransa ve Hollanda’daki durumdur. Pratikte hemen hemen tüm ülkelerdeki tecrübeler bu ilişkinin orantılı olmadığını göstermiştir. Ondan dolayıdır ki çeşitli yollarla bu yaptırımın cezai karakteri güçlendirilmeye çalışılmaktadır. Bir kısım ülkelerde bu çoğu ülkelerde kullanılan 240 saatlik durumun önemli derecede artırılarak yapılması suretiyle gerçekleştirilmiştir. Belçika, İskoçya, Macaristan ve İngiltere (2003 tarihli Ceza Adalet Kanunundan sonra) 300 saat, Norveç’te 360 saat, Portekiz’de 380 saat, İspanya’da 384 saat, Bulgaristan ve Çek Cumhuriyeti’nde 400 saat, Polonya ve İtalya’da 480 saat. Almanya ve İsviçre’de hazırlanan kanun tasarılarına göre sırasıyla 1080 ve 720 saatten söz edilmektedir. Normalden saparak daha yüksek bir saat belirleyen Estonya (2880 saat) ve Yunanistan (6480 saat), ki burada sırasıyla azami iki ve üç yıllık hapis cezasının karşılığı olarak verilebilmektedir.

Cezai karakterin belirleyiciliğinde sadece verilebilecek saat sayısı değil, aynı zamanda çalışma saatinin ne kadar hapis cezasının karşılığı olarak dönüştürüleceği de önemlidir. Buradaki durum da çok çeşitlilik göstermektedir. Yüksek bir çalışma saatini seçmemiş olan ülkeler, çalışma cezasında çalışılan süreyi 2-6 saat arasında bir farklılıkla hapis cezasına çevirme ölçüsü ile kullanarak uygulanabilirliğini sınırlamaktadırlar. Çoğu kez bu ölçü aynı zamanda çalışma cezasının tamamen ya da kısmen yerine getirilmemesi durumunda verilecek olan hapis cezasının hesaplanmasında da kullanılmaktadır. Bu örneğin 300 saat çalışma cezasının olduğu Macaristan’da şu anda mevcut 6 saatlik çevirme kriterinin bir günlük hapis cezasına karşılık gelerek azami 50 günlük hapis cezasının karşılığı anlamına gelmektedir. Buna karşılık Finlandiya’da 200 saatlik çalışma cezası sekiz ay hapis cezasının karşılığıdır. Diğer ülkeler çalışma cezasının cezai niteliğinde varsayılan bu eksikliği, çalışma cezasını cezanın tecili veya tecil edilmeyen cezalarla –Hollanda, Macaristan ve Norveç - birlikte ya da başka toplumsal yaptırımlarla -İngiltere’de 2003 tarihli Ceza Adalet Kanunundan sonra da olduğu gibi- birlikte kombine ederek karşılamaya gayret etmişlerdir. Bunun yanında bir kısım ülkelerde, örneğin Belçika’da olduğu gibi çalışma cezasının uygulanabilirliğini bir kısım (ciddi) suçlar bakımından sınırlama getirilerek, uygulanma yolu kapatılmıştır. Diğer çoğu ülkelerde benzer bir yasaklanma bilinmemesine karşılık Hollanda’da Başsavcılık yönergeleri pratikte benzer etkiyi hedeflemektedir.

Çalışma cezasının tam olarak veya hiç yerine getirilmemesi durumunda çeşitli ülkelerde buna gösterilen tepkideki usul konusunda da çeşitlilik vardır. Çalışma cezası, erteli bir hükmün mü, cezalandırmadan şartlı vazgeçme mi, uyuşmazlığı yargılamaya götürmeden sonuçlandırmanın mı, affin sağlanmasının mı veya hapis cezasının yerine özel bir şart olarak mı verilmektedir. Bu durumda genellikle kanunen bir takım sonuçlar da beraberinde gelmektedir. Sırasıyla şartlı olarak ertelenen cezanın infazına başlanılacak, affin geri alınması söz konusu olacak veya yerine verilen hapis cezası infaz edilecektir. Çalışma cezasının infaz edilen kısmı tüm ülkelerde hesaba katılmamaktadır. Eğer çalışma cezası temel ceza olarak düzenlenmiş ise asıl hapis cezasının tasarlanmış şeklinde genelde bir çevirme söz konusudur (çalışma cezasının ikame ceza olarak verildiği türde) ya da mevcut çevirme kriterine göre çalışma cezasının yerine getirilmeyen kısmı hapis cezasına çevirmektedir. Hollanda gibi bir kısım ülkelerde kararda para cezasının karşılığı olan hapis cezası hâkim tarafından belirtilmektedir. Belçika gibi diğer ülkelerde, hâkim kararında hapis cezasının hangi ceza için verildiği düzenlenmektedir. Bu ceza, çalışma cezasının yerine getirilmemesi durumunda karar verilecek cezaya da bir ipucu olacaktır. Eğer çalışma cezasının bir kısmı infaz edilmiş ise çoğu ülkelerde yerine geçen hapis cezası oransal olarak azaltılmaktadır. Fransa, İrlanda, Lüksemburg ve Portekiz tarafından kabul edilen başka bir sistem ise, çalışma cezasının yerine getirilmemesi durumunda artık bağımsız bir suçun söz konusu olduğu ve dolayısıyla daha önceki asıl suç için öngörülen hapis cezasından daha fazla bir cezanın verilebileceğine ilişkin kabul edilen sistemdir. Burada çalışma cezasının yerine getirilmemesinde yapılan düzenlemelerin ve dolayısıyla otomatik olarak çoğu ülkelerde sadece verilen hapis cezasının Tokyo Kurallarından Kural 14.3²⁷ ve Avrupa Kurallarının 86 nolu kararı²⁸ ile uyumlu olmadığına ilişkin eleştirilere de işaret etmek gerekir. Fiiliyatta “alternatiflere az alternatif bulunması nedeniyle” çoğu kanunlar bu kuralların fiilen tekrar canlanması konusunda eksik kalmaktadır²⁹. Bu alternatifler gerçekten var olsa dahi – para cezası, şartlı ceza, eğitim cezası, elektronik takip – bunların öncelikle

²⁷ Kural 14,3 şöyle der: “Hapis dışı tedbirin başarılı olamaması, otomatik olarak hapis tedbirinin uygulanmasına yol açmamalıdır.

²⁸ Kural 86: “Bir toplumsal yaptırım veya tedbirin geri alınması kararı, hapis cezasına hükmedilmesine ilişkin bir kararın verilmesini gerektirmemelidir.”.

²⁹ M.Joutsen/U.Zvekic; Noncustodial sanctions: Comperative Overview, in: U. Zvekic (ed), Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspevtive, New York 1994,s.16.

ikame ceza olarak yerine getirilmesi gerekmez. Toplumsal cezaların ‘kendiliğinden cezai niteliği’ statüsü olan İngiltere’de, cezanın infazındaki bir başarısızlıkta azami 1000 pound para cezası verilebileceği gibi azami 60 güne kadar ek bir toplumsal ceza verilebilir³⁰.

Değişik düzenlemelerle ilgili bu zengin çeşitliliğe genel bir bakış yapılmasına rağmen durum tam olarak özetlenmiş değil. Henüz az sayıdaki ülkeler (Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, İsveç) kural olarak çalışma cezasının her zaman sosyal araştırma raporuna dayanması gerektiğini düzenlemişlerdir. Sosyal araştırma raporu, çalışma cezasında başarısızlıkların önlenmesi ve çalışma cezasının yaptırım olarak kalmasının – Hollanda’daki uygulamanın aksine- garanti altına alındığı tek kriterdir. Hollanda’da çalışma cezası “konfeksiyon yaptırımı” haline gelmektedir. Bu uygulamada çalışma cezasında çalışan kişiler üretim rakamları ve etkinliklerine bağlı hale getirilmektedir. Yine Hollanda’da çalışma cezasının giyapta karara bağlanabilecek olması, denetim açısından istenmeyen bir kaliteyi ortaya çıkartmıştır.

VII. Kanundan Pratiğe

88

Mahkûmiyet istatistikleri kriter olarak alındığında, çalışma cezasının nisbi olarak kısa bir zamanda hayret verici bir şekilde geliştiğinden başka bir sonuca varamayız. Çoğu ülkelerde çalışma cezası, para cezası ve şartlı cezadan sonraki en önemli yaptırım çeşidi olmuştur. Çalışma cezasının İngiltere, Fransa ve Hollanda’da uzun yıllardır ayakları sağlam yere basmaktadır. Bu ülkelerde çalışma cezası 2004 rakamlarıyla sırasıyla 55.430³¹, 17.900³² ve 50.000 (15.000’i savcılık aşamasında uyuşmazlığı sona erdirmenin bir şartı olarak 35.000’i ise temel ceza olarak) kez verilmiştir. Fransa ve Hollanda gibi para cezası ile şartlı cezalandırmanın ceza sıralamasında istatistikî olarak ikinci ve üçüncü sırada yer aldığı ülkelerde pratikte, yalnızca kamu yararına çalışma tedbirinin toplum ve yargı çevrelerinde yaşama gücü olan bir ceza yaptırımı olarak kabul edildiği gözükmektedir. Çalışma cezası çoğu Avrupa ceza kanunlarında sağlam bir yer kazanmıştır. Bazı ülkelerde ücretsiz çalışmanın uygulanmasının sıklığı toplum için tutuklanmaya alternatifler listesinde üçüncü sırada yer almaktadır (para cezası ve erteleme/ denetimli serbestlikten sonra). Bu özellikle sırasıyla yılda 47.000,15.000 ve 20.000 çalışma cezası veya

³⁰ Bu konuyla ilgili bkz.: I. Brownlee, Community punishment, o.c., s.132.

³¹ Home Office statistical Bulletin, www.homeoffice.gov.uk.stats.

³² Annuaire statistique de la justice 2005, www.justice.gov.fr.

başka tedbirlerle birlikte temel ceza veya ertelemenin özel bir şarta bağlı olarak yetişkin suçlulara verildiği İngiltere, Fransa ve Hollanda’da olan durumdur. Yine Çek Cumhuriyeti ile Finlandiya kamu yararına çalışma cezalarının uygulamaya konduğu 1996 (Çek Cumhuriyeti) ve 1991 (Finlandiya) yıllarından itibaren artan bir uygulamayı bildiren ülkelerdir. Çek Cumhuriyeti’nde 1998 yılında 1800 kere hükmedilmiştir ki bu miktar tüm verilen yaptırımların %3’üne karşılık gelmektedir³³. Finlandiya’da 5 yıllık deneme döneminden (1991-1996) sonra kamu yararına çalışma cezası 1997 yılında nihai olarak tüm ülkede verilebilecek ceza tedbirlerinden biri olarak uygulamaya konuldu. 1998 yılında 3800 suçlu kamu yararına çalışma cezasını infaz etmeye başladı ki bu sayı bir önceki yıl hapis cezasını infaza başlayan suçluların % 88’ine karşılık geliyordu³⁴. İsviçre’de de kamu yararına çalışma cezası, bu cezaların deneme durumunda olan statüsü ve şimdiye kadar sınırlı ölçüde verilmiş olmasına rağmen gittikçe ayakları yere daha sağlam basmaya başlamaktadır. Hâlbuki İsviçre’de toplumsal yaptırımlar 1996 yılına kadar sadece azami üç aya kadar hapis cezasının karşılığı olarak (Achterdeurvervanging) verilebildiği halde, 1998 yılında toplamda verilen yaklaşık 9000 hapis cezasının 2300’den fazlası kamu yararına çalışma cezasına çevrildi³⁵. Belçika’ya kamu yararına çalışma cezası ve eğitim tedbirlerinin girişi nispeten daha geç olmuştur. Ancak Belçika’da özellikle kamu yararına çalışma cezası ile ilgili 1994 yılından beri her ne kadar az da olsa olumlu bir sayısal artış vardır. 1994 yılında kamu yararına çalışma cezasının, mecburi uzlaşmanın veya denetimli serbestlikle birlikte verilmesinin (reclasseringsdeelnamen) şartı olarak verilmesiyle, 199 karar 1997’de 1738 karara çıkmıştır. Eğitim tedbiri olarak sadece deneme amaçlı verilen kararlar 1995 yılında 29 karardan 1997 yılında 675 karar olmuştur³⁶. Almanya, İtalya, Polonya, Portekiz, İspanya ve İsviçre’de kamu yararına çalışma cezası özellikle şartlı gözaltı veya hafta sonu göz altısı (İspanya) yerine verilmekle birlikte nadiren de ceza infaz kurumundaki bir temel cezanın yerine verilmektedir.

³³ Bkz.: Z. Karabec, Czech Republic, in: A.M. van Kalmthout & J.T.M. Derks, Probation and Probation Services, A European Perspective, Nijmegen 2000, s.116.

³⁴ Bkz.: T. Vogt- Airaksinen, Finland in: A.M. van Kalmthout & J.T.M. Derks, Probation and Probation Services, A European Perspective, Nijmegen 2000, s.197.

³⁵ Bkz.: M. Killias, Community Service without Net-Widening, A Question of Implementation? Some lessons from the Swiss Experiment, Bkz. dn.2.

³⁶ Bkz.: I. Aertsen and K. Lauwaert, Community sanctions and measures in Belgium, Bkz. dn.2.

Yine de geçen on yıl içerisinde şartsız verilen hapis cezalarındaki sayılar, ceza infaz kurumlarındaki yoğunluk bakımından hapis cezalarında önemli bir azalmaya neden olmadığını göstermiştir. Bu özellikle toplumsal cezaların çok büyük ölçekte uygulandığı ülkelerde fark edilmektedir. Eğer İngiltere, İskoçya, Fransa ve bizim ülkedeki (Hollanda) ceza infaz kurumu kapasitesindeki artışı karşılaştıracak olursak, hükümlüler tarafından duvarlar arkasında geçirilen süreler bakımından azalan bir durum olduğunu söylemek mümkündür. Bunun tek istisnası özellikle denetimli serbestlik kuruluşlarınca toplum içinde denetim altında takibi yapılan hükümlülerin, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısından daha çok arttığı Kanada'dır³⁷.

VIII. Sınırlamalar ve Eksiklikler

Yukarıda belirtilen durum toplumsal cezaların etkili olmadığı anlamına gelmez. Ancak açık olan şu ki, çok verilen cezalar listesi içerisinde çalışma cezası nispi olarak düşüktür. Fakat daha detaylı bir araştırma ile toplumsal cezaların uygulamada verilme artışına rağmen hapis cezalarının verilmesinde neden önemli bir azalma olmadığı araştırılmalıdır. *Başka bir ifadeyle: bu alternatif yaptırımların eksikliği ve üzerindeki sınırlamalar nelerdir? İkinci soru ise, hapis cezalarının yerine getirilmesinde bu alternatif yaptırımların ne şekilde etkisi vardır?*

Toplumsal yaptırımların hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine geçmede sınırlı bir rol almalarının ilk sebebi, bu cezaların yapılarında var olan şüpheli durum ile bu yaptırımlarla hedeflenen amaçlar konusundaki belirsizliktir. Bu yaptırımlar, hapis cezası, para cezası gibi karşılığını verme amacı güden ceza yaptırımları olarak görülmeli mi? Yoksa bunlar daha çok kefaletle serbest bırakma, erteleme ve denetimli serbestlik gibi hükümlülerin topluma kazandırılması ve sosyalleşmelerini elde etmeye çalışan yaptırımlar olarak mı gözükmelidir? Ya da bu yaptırımlar mağdur perspektifinden mi değerlendirilmelidir?

Çoğu ülkelerde yargı ve kanun koyucu ilk bakış açısını tercih etmesine rağmen, denetimli serbestlik uzmanları ve diğer toplumsal organizasyonlar yeni yaptırımların infazında daha çok topluma kazandırma ve mağdur yönlü hedeflenmeye vurgu yapılmasını istemektedirler. Bu belirsizlik çalışma cezasının örneğin temel ceza olarak, topluma kazandırmayı elde

³⁷ Bkz.: A. Leschied and A.Cunningham, Community sanctions and measures in Canada, Bkz. dn.2.

etmeyi çalışan erteli cezanın şartı olarak, yaptırımın infaz şekli veya ferî ceza olarak ve yine şarta bağlı olamayan hapis cezası ile birlikte verilebilme imkânı olan Fransa’daki kanun düzenlemesiyle açıkça ortaya çıkmaktadır. Diğer ülkelerde de toplumsal cezaların şartsız hapis cezası ile birlikte verilmesi belli ki gerçekten uygulamada hapis yerine geçen kullanışlı bir yol değildir. Bu kavramsal karışıklılığın taşındığı açık bir örnek, Birleşmiş Milletler Uluslararası Suç Önleme Merkezi tarafından birkaç yıl önce kaleme alınan ‘Çocuk Adalet Sisteminde Örnek Hukuk’ adlı metindir³⁸. Çoğu ülkelerde kamu yararına çalışma eğitim yaptırımları kategorisinde değerlendirilmekte iken Çocuk Adalet Sisteminde Örnek Hukuk adlı metinde ceza yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Hollanda’da hem çocuklar hem de yetişkinler bakımından sosyal yetenek kursları para cezası ile hapis cezasının ortasında yer alan bir yaptırım olarak değerlendirilmekte; Belçika, Danimarka, Almanya, İspanya Avusturya (1997 taslak yasa) gibi ülkelerde ise bu kurslar topluma kazandırmayı amaç edinmesi şartıyla cezanın erteleme ile kefaletle serbest bırakma ile birlikte verilmektedir.

Kanundaki açıklık konusundaki bu eksiklik, toplumsal cezalar ve yaptırımların net ve tamamen benzer olmayan amaçları ve kamu yararına çalışmanın arka planında yatan düşünceler konusundaki farklılık, onların hem inandırıcılığını hem de uygulanabilirliğini sarsmaktadır. Toplumsal cezaların ideolojik arka planında yer alan bu yetersizliklerin sonucu olarak, çoğu ülkelerde bunların hapis cezası gibi ‘gerçek’ yaptırıma bağımlı olmayan alternatifler (onların isimlendirilmesinin ilk kulağa geldiği gibi) olarak gözükmektedir. Toplumsal cezalar böylece kendi başlarına bağımsız yaptırımlar olarak değerlendirilmemektedir. Gerçi bunun sonucu olarak bu cezalara karar verebilecek çok hâkim bulunsa da hâkimlerin bu cezaların cezalandırıcı karakteri konusunda ciddi itirazları bulunmaktadır. Ancak cezai yaptırımların karakteristik vasfı ‘cezalandırıcı’ karakter ise, o zaman bu durumda hukuk doktrini ve siyasetindeki görüşlerde hemen hemen hiç ilgi görmediğini söylemek mümkündür. Bu olayın ışığı altında daha ilginç olan kanuni düzenlemelerde çoğu ülkelerin – tüm ülkeler değil- toplumsal cezaları uzun süreli hapis cezaları yerine değerlendirmeleridir. Bu durum toplumsal yaptırımların amacı ve süresini belirlemede yalnızca hükümlünün kişisel durumlarının hesaba katılmaması gerektiği, bunun yanında toplumsal cezaların ‘suçlanan suçun ciddiyeti ile orantılı’

³⁸ UN Centre for International Crime Prevention, Model Law on Juvenile Justice, Wenen, september 1997.

olarak verilmesi gerektiğini düzenleyen Toplumsal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları'nın 6. Kural'ına rağmen böyledir.

Kamu yararına çalışma ve benzer toplumsal cezalarda kullanılan ve nispi olarak az olan azami ceza süresi -örneğin Finlandiya'da 200 saat, Danimarka, İrlanda, Luxemburg, Rusya Federasyonu, İsveç, Birleşik Krallıklar ve Belçika'da 240 saat, İskoçya'da 300 saat, Norveç ve İsviçre'de 360 saat, Portekiz'de 380 saat, İspanya'da 384 saat, Çek Cumhuriyeti'nde 400 saat, İtalya, Polonya ve bizim ülkemizde (Hollanda) 480 saat³⁹ - miktarlarından mahkemelerin bu cezaları bir kısım suç ve kabahatleri az işleyen- hiç işlemeyen- kişiler bakımından özel iyilik olarak görme eğiliminde olduğunu anlamak mümkündür (örneğin basit hırsızlık ve trafik kabahatleri). Bu tip eylemlere yalnızca ya çok kısa bir hapis cezası, para cezası, denetimli serbestlik tedbiri veya cezanın ertelenmesi vermek mümkündür. Pratikte genelde bilinen ise yeni toplumsal cezaların mevcut olayların kabaca % 50-60'ı kadarının yalnızca hapis cezasının karşılığı olarak verildiğidir. Diğer olaylarda ise bir yere kapatmaya yönelmeyen alternatif cezalar yerine verilmektedir. Alternatiflere alternatif olarak verilmekte dolayısıyla az verimli bir çalışma tarzı.

92 Toplumsal cezaların cezai karakterine olan inançsızlık, bedel ödetme ve korkutmaya dayalı inatçı, direngen geleneksel eğilim, kanunu ihlal eden kişilerin davranışları konusunda başka şekilde ilgilenme ve bilgilenme ile uygun eğitim almadaki eksiklik, bütün bunlar hâkim ve savcılarda ceza hukuku politikasında genel olarak tekrar yükselen daha baskıcı bir eğilimi dikkate alma, karar vermelerinde hala büyük rol oynamaktadır. Bu, mahkemelerin giderek yükümlülüklerle birlikte kararlar vermelerini kabul etmelerini azaltmaktadır. Örneğin, çalışma aktiviteleri veya 240 saat eğitim programlarını takip gibi -bir kısım ülkelerde 360 saat- 1,2 veya 3 aydan fazla hapis cezasının gerçek bir alternatifi kararlar anlamına gelmemektedir. Bu şu gerçeikle açıklanabilir:

1. Pratikte henüz çok az hapis cezası vakası, hapis cezasından daha uzun bir alternatif cezaya çevrilmiştir,
2. Toplumsal cezalar artan bir ölçüde erteli hapis cezaları, para cezaları, denetimli serbestlik tedbirleri, elektronik gözetim ve denetleme ve hatta

³⁹ Bu nispi olarak çalışma cezasına azami az süreyi esas alan ülkelere istisna Yunanistan'dır. Burada iki yıla kadar olan hapis cezaları, günlüğü asgari 2 saatten ve azami 6 saate kadar bir çevirme hesabı ile çalışma cezası olarak yerine getirilebilir. Bkz.: A. Tsitsoera, Community sanctions and measures in Greece. bkz. dn.3.

ertelenemeyen hapis cezaları gibi diğer yaptırımlarla birlikte verilmektedir. Özellikle ertelenemeyen hapis cezaları ile birlikte verilen toplumsal cezalar, arka planda yatan ve özellikle topluma tekrar kazandırma ve rehabilitasyonun önemli yer aldığı düşünceyi sarsmaktadır. Temel düşüncelerdeki bu sarsıntı asıl toplumsal cezalarda kanunu ihlal eden kişiye yönelik ‘profesyonel- terapatiksel’ düşüncenin kanunu ihlal eden kişiye yönelik ‘cezai- idari’ düşünceye (conceptualeseringen) giden güncel kayma seyri ile de ilgilidir⁴⁰. Tavsiye kararı (2001), henüz yeni terk edilen ve İngiltere ile İskoçya’da doğan ve geçen yüzyılda seksenli yılların sonu ile doksanlı yılların başı boyunca süren ve toplumsal cezaların hapse alternatif olarak gözükmeye başladığı ancak kendi başına bir yaptırım olarak gözüktüğü; var olan hapsedilmemeye yönelik tercihler güdümünde toplu bir bakış değişikliğinin olduğunu yazmaktadır⁴¹. Aynı durum Hollanda’da, yeni kanun değişikliği ile birlikte kamu yararına çalışmanın veya eğitim tedbirlerinin temel ceza olarak altı aya kadar hapis cezası ile birlikte verilebilme imkânının getirilmesinden itibaren de geçerlidir. Aynı kanun değişikliği bu ‘görev cezalarının’ cezanın ertelenmesi veya Cumhuriyet savcılığı tarafından ceza davasının veya para cezasının şartlı olarak ertelenmesine bağlı bir şart yerine verilmesi imkânını da getirmiştir. Bu sebeplerden dolayı şimdi Hollanda’da bu yaptırımlar kanunu ihlal eden kişiye özgürlüğü sınırlayıcı yükümlülükler getiren terimler kapsamında tekrar tanımlanmaktadır. Ki geçmişte bu yaptırımlar yalnızca şarta bağlı olmayan hapis cezalarına alternatif olarak uygulanmaktaydı⁴².

3. Ceza kanununda toplumsal cezaların, hapis cezalarından daha fazla öncelik verilmesi gerektiğine ilişkin kanuni düzenlemeler, duruşma esnasında cezai bir karar alma anında mahkemeler tarafından neredeyse hiç dikkate alınmadığı görülmektedir. Bu özellikle Portekiz’de olan durumdur. Pereira (2001) “her ne zaman toplumsal yaptırımlar cezalandırmanın amaçlarını yeterli şekilde karşılıyorsa, hapis cezasından kaçınılmalıdır”,

⁴⁰ Bu kavramlarla ilgili daha detaylı bir değerlendirme için bkz.; A.M. van Kalmthout and P.J.P. Tak, Sanctions Systems in the Member States of the Council of Europe, Deventer/Boston 1998 (I. Bölüm) ve 1992 (Bölüm 2) ve J. Junger- Tas, Alternatives to Prison Sentences: Experiences and Developments, Amsterdam- New York 1994.

⁴¹ Bkz.: S.Rex, The Development and use of community sanctions and measures in England and Wales. bkz. dn. 3.

⁴² Bkz.: A.M. van Kalmthout, Community sanctions and measures in the Netherlands: Recent developments. bkz. dn.3.

kamu yararına çalışma gibi toplumsal yaptırımlar ancak zorlukla veriliyor veya tamamen ortadan kaybolmaktadır (denetimli serbestlik kararı)⁴³.

Toplumsal yaptırımların şimdiye kadar yalnızca kendilerine verilen amaçlara kısmen ulaşmalarındaki diğer önemli bir sebep, uygun ve iyi sağlanmış mali ve organizasyonel altyapı eksikliğidir. Bu özellikle İspanya’da olan durumdur ki Bask Ülkesi Katalonya dışında ve belli bir noktaya kadar Bask Ülkesinde yeni ceza kanununda yeni toplumsal yaptırımların girişiyle, bu yeni yaptırımların infazını ve şekillendirmesini görev edinen bir organizasyonun kurulması takip etmemiştir. Bu durum Valles Port’e göre (2001) “Kanunda öngörülüp ancak infaz edilemeyen” yeni yaptırım ve tedbirlerin tutarlı bir şekilde geliştirilmesinde ciddi ve önemli bir engeldir⁴⁴.

Ancak çoğu diğer ülkelerde durum daha iyi değil. ‘Toplumsal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları’nda (Kural 38 ve 42) karara bağlanmış olmasına rağmen, Avrupa ülkelerindeki çoğu yetkili otoriteler toplumsal yaptırımların infazına yönelik zorunlu altyapının oluşturulması konusunda pasif kalmışlardır. Kural 39 ve 40’a aykırı olarak; uygun, profesyonel kadrolarda ve mali imkânlarda üzüntü verici bir eksiklik vardır. Hatta bütçeler tahsis edildiği zaman, çoğu kez ek ihtiyaçlarda örneğin ek bütçe yerine denetimli serbestlik kuruluşların aktivitelerine ilişkin bütçelerden aktarımlar yapılmaktadır. Bu neredeyse tüm Avrupa ülkelerinde olan durumdur. Öyle anlaşılıyor ki siyaset, hapis esasına dayanmayan yaptırımların yaşanabilirliğine yeterince inanmadığını, başka bir ifadeyle halen her sene yine yüz milyonları ceza infaz kurumlarının kapasite artırımını için vermeye hazır olduğunu, hapis dışı yaptırımlara olan inancın ceza infaz kurumu sistemine olan inancı kadar yüksek olmadığı görünmektedir. Bu durumun en belirgin görünen örneği, yeni ceza kanunu ile toplumun kendisinin alternatif yaptırımların infazında tamamen devre dışı bırakıldığı Rusya Cumhuriyeti’dir. Tarbagaev (2001) bu durumu yeni ceza kanununun ciddi bir eksiği olarak görmektedir. Yeni ceza kanunu ile alternatif yaptırımlara getirilen yeni düzenlemelerle, Rusya’da ceza infaz kurumlarında var olan aşırı doluluğu azaltmaya yönelik gerçek bir yardım yapma şansının olmayacağına işaret etmektedir⁴⁵. Avrupa Konseyi Ba-

⁴³ Bkz.: L. Miranda Pereira, Community sanctions and measures in Portugal. bkz. dn. 3.

⁴⁴ Bkz.: M. Dolores Valles Port, Community sanctions and measures in Spain and Catalonia. bkz. dn. 3.

⁴⁵ Bkz.: A. Tarbagaev, Community Sanctions in Russia: Past, Present and Prospects. bkz. dn. 3.

kanlar Komitesi toplantısında alınan 2000/22 sayılı tavsiye kararında üye hükümetlere şartsız olarak şu çağrı yapılmıştır:

“Mahpusların kişisel ve sosyal gelişimlerini etkilemek, kamu güvenliğini temin etmek ve adli makamların toplumsal yaptırım ve tedbirlerin kullanışlı olduğuna inanmasını sağlamak amacıyla, kamusal yaptırım ve tedbirlerin uygulanması için uygun servisler kurulmalı, bunlara yeterli kaynaklar verilmeli ve gerekli oldukça geliştirilmelidir”. Gerçi denetimli serbestlik ve sosyal çalışma bölümleri, geçen yüzyılın altmışlı yıllarından itibaren ceza hukuku sistemlerinde küçümsenmeyecek bir şekilde girmesini büyük ölçüde toplumsal yaptırımların geliştirilmesine borçludur. Ancak bu süreç, hükümetlerin doksanlı yıllarda tahsis edilen bütçelerde ağır kesintilere gitmeye başlamaları ile birlikte ani olarak son bulmuştur. Sonuç olarak, denetimli serbestlik çalışanları ve sosyal çalışmacılar ceza hukuku sistemi içerisinde ağır bir dava yükünü taşımak zorunda kalmışlar ve bu problemi de toplumsal yaptırımların prosedürlerini basitleştirerek çözmekle uğraşmışlardır. Uygun bir yaptırım yerine -ölçü olarak- toplumsal yaptırımlar, gittikçe kanunu ihlal eden kişinin daha çok kişisel ve bireysel ihtiyaç, beceri ve durumlarının yeterince değerlendirilmediği *hazır giyim* yaptırımları şeklinde verilmektedir. Bununla toplumsal yaptırımların temel hedeflerinden biri değersiz hale getirilmektedir. Avrupa Kuralları'nın 67, 71 ve 30'uncu maddelerinde düzenlendiği gibi bu temel hedefler; kanunu ihlal eden kişinin mümkün olduğu kadar becerilerini ve genel olarak toplumla ilgili, özelde de mağdurla ilgili sorumluluk duyma duygusunu artırmaktır.

Son olarak ulaşım ve barınma masraflarını azaltmak için denetimli serbestlik kuruluşları, kanunu ihlal eden kişinin ikametgâhına en yakın olan organizasyonlar ve kuruluşlara yüksek öncelik vermektedir. Çünkü hükümlülerin kabul görüp kayıt edilebilecekleri organizasyonların aranması çokça zaman ve enerji gerektirdiğinden, denetimli serbestlik kuruluşları yaptırımların infazında her zaman aynı organizasyonları kullanmaya eğilimlidirler. Amaca uygun sebeplerden dolayı yaptırımların artan ölçüde mümkün olduğu kadar hızlı ve kısa sürede infazı yapılmaktadır. Kamu yararına çalışma ve diğer toplumsal yaptırımlar ‘vakit cezası’ olarak kastedilmelerine rağmen, başka bir ifade ile toplumsal yaptırımlar kanunu ihlal eden kişinin yaptırımdan kaynaklanan aktivitelerini serbest zamanında yerine getirmesini istemekte iken çoğu ülkelerde yapılan araştırmalarda bu ülkelerin aktiviteleri çalışılan günlerde ve tüm gün temelinde olarak yer verdiklerini göstermektedir. Sadece (çoğu kez işsizler) kanunu

ihlal eden kişilerin kendileri değil, ilgili denetimli serbestlik kuruluşları da bunu tercih etmektedirler. Bu da toplumsal yaptırımların arkasında yatan asıl düşüncüyü tehlikeye sokmaktadır. Burada çıkış noktası cezaların 'zaman cezası' olmaları, ihlalcinin görevi süresince yükümlülüklerini nispeten uzun bir dönem içerisinde toplumsal eğilimli bir çevrede yerine getirmesini düzenlemektir. Sonuç olarak toplumsal cezalar eğitici ve tekrar bütünleştirici karakterini kaybetmekte çünkü kanunu ihlal eden kişiye verilen cezanın işaret ettiği şekillenme, toplumla (tekrar) gerçek bir bağın inşası için gerekli zaman ayrılamamaktadır⁴⁶.

Denetimli serbestlik çalışanları ve sosyal çalışmacıların bunaltıcı iş yükü ve imkânlar konusundaki eksikliklerin diğer olumsuz tarafı, denetimli serbestlik kuruluşlarının ve diğer ceza hukuku kurumlarının rehabilitasyona yönelik görevlerini artık ispatlayamamaları, bunun yanında daha çok kaçınılmaz olan bürokratik ve şekli rolleri ile kendilerini sınırlandırmalarıdır. Fanchiotti (2001) aktif olarak tekrar sosyalleşmeyi sağlayan davranış ve destek müdahalelerin durdurulmasının, şimdiye kadar neredeyse yoğunlukla uygulanan ve öncelikli hedefin, denetimli serbestlik tarafından kontrol edilmeyen ve denetlenmeyen ancak polis tarafından denetlenen ve kontrol edilen yaptırımlar olduğu ve ceza infaz kurumlarının mahkûm sayısını azaltmaya endeksli masrafsız ve salt cezai nitelikli tedbirlerin başı çekmesine, genişlemesine neden olduğuna hak vermektedir. Alternatif tedbirler, tutuklanma ve cezai şikâyetler açısından suçlulara yapılan müdahalelerde herhangi birinin iptali durumunda, verilecek ilk kaynak haline gelmektedir⁴⁷. Çalışanları yetersiz ve aşırı iş yükü olan denetimli serbestlik kuruluşlarının sonucu olarak, kanunu ihlal eden kişinin kendisine verilen yaptırımı tamamlaması esnasında denetlenip denetlenmemesi önem arz etmektedir. Çeşitli araştırmacılar, yaptırımların infazındaki başarısızlık ile denetimlerin sıklığı ve kalite ölçüleri arasında apaçık bir ilişki olduğunu belirtmişlerdir. Ne kadar az ve ne kadar iyi olmayan kontrol yapılırsa, o kadar yüksek oranda katılımcılarda erken çekilmeler, ihlaller söz konusu olmaktadır⁴⁸. Yeterli kadro ve mali imkân-

⁴⁶ Bkz.: J.Faget, ' Le TIG, beaucoup d'espoir..., des resultats mitigés', Bulletin du CLCJ, 1 Februari 1997.

⁴⁷ Bkz.: V. Fanchiotti, Alternatives to imprisonment in the Italian criminal justice system, bkz. dn. 3.

⁴⁸ Bkz.:M. Killias, 'Community service without net-widening: a question of implementation? Some lessons from the Swiss Experiment'. Bkz. dn.3 ve yine: G. Mc Ivor, ' Social Work Intervention in Community Service', Brit. Journal of Social Work 21 (1991), s. 591- 609.

lardaki eksiklik dışında denetimli serbestlik kuruluşlarının her zaman denetim ve kontrole gereken ilgiyi göstermemelerinde başka sebepler de vardır. Worrel (1997), çok sayıda denetimli serbestlik çalışanın ağır davalarda çekingen davrandıklarının herkesçe bilindiğini, denetimli serbestlik aşamasında bulunan müşterinin bu aşamasını sona erdirmeye teşebbüs etmek, kanunen öngörülen şartın yerine getirilmesindeki başarısızlığı, terapik ilişkinin kesilmesi ya da ihlali yapan kişinin kaotik hayat tarzının bir sonucu olarak savunmaya daha eğilimli olduklarını belirtmektedir⁴⁹. Çeşitli ülkelerde denetimli serbestlik çalışanları yaptırımların denetlenmesini görüş birliği içerisinde kendi profesyonel prensipleri ile zor bağdaştırmaktadır. Denetimli serbestlik çalışanları bir kez daha kendilerinin infazdaki denetim ve kontrol görevlerini bu sözde esneklikleri ve hoşgörülü usulleri nedeniyle eleştirilmektedir. Hatta Larsson (2001) şöyle düşünüyor: Suçlularla aralarında güvene dayalı bir ilişki geliştirmek için onlar serbest olmalı⁵⁰.

Denetimli serbestlik çalışanlarının, toplumsal cezaların ortalama amaçları ile uyuşmayan bu yaptırımlar konusundaki kabulünün kısmen devamı olarak ve çoğu ülkelerde sıkı ve benzer kuralların bulunmaması, alternatif cezaların sert bir şekilde eleştirilmesine neden olmuştur. Hâkim tarafından karar verilen şartın yerine getirilmemesi, ihlali durumunda; R(92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı'nın 24'üncü tavsiyesine rağmen net, benzer kriterler ile usuller bulunmamaktadır⁵¹. Denetimli serbestlik çalışanları, savcılar ve hâkimler kendisine alternatif ceza verilmesini kabul eden kişinin bu ceza verilirken söz verdiği yükümlülüklere uymaması veya hâkim tarafından alternatif ceza verildiğinde buna bağlı olarak getirilen şartlara riayet etmemesi durumunda benzer tepkiler vermemektedirler. Besbelli ki bu problemler bir durumdur. Çünkü sadece eşit davranma ilkesinin şiddetli bir şekilde etkilenmesi değil aynı zamanda savcılık ve yargı erkinin bu yaptırımlara olan güvensizliğini de uyandırmakta ve dirence davet etmektedir. Özellikle mahkemeler ile sosyal çalışma yapan kurumlar (ve denetimli serbestlik kurumları) arasında profesyonel ilişkinin bulunmadığı

⁴⁹ A. Worral, *Punishment in the Community: the Future of Criminal Justice*, London 1997.

⁵⁰ Bkz.: P. Larsson, *Punishment in the Community; Norwegian Experiences with community sanctions and measures*. Bkz. dn.3.

⁵¹ Tavsiye 24 şöyledir: “Özellikle kontrol ihtiyaçlarına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, infaz makamının her talimatı ceza ve tedbirin etkin infazı için gerekli olacak ölçüde sınırlı, öz ve pratik olmalıdır.”

veya mutabık çalışmadığı ülkelerde bu çok daha problemlidir. Bunun devamı olarak yaptırımların ve tedbirlerin uygulayıcıları ile adli mekanizma arasındaki güven eksikliği savcıların ve hâkimlerin toplumsal cezalara olan güvenini kaybetmeleri riskini ortaya çıkartmaktadır. Öyle gözüküyor ki bu olumsuz etkinin fark edilmesi ile toplumsal cezaların bu güne kadar hapis cezalarının yerine geçen yaptırımdan ziyade para cezaları ile diğer hapis cezasını gerektirmeyen yaptırımların yerini alması gibi üzücü bir sonucun doğmasını beraberinde getirmiştir.

Toplumsal cezaların geçici ve kısmi başarısı mahkemelerin denetimli serbestlikten bir kısım olaylarda bilgi raporlarını istememeleri ile de bağlantılıdır ki bu genelde hafif suçlarda karşılaştığımız durumdur. Bu durum, hafif suçu işleyen kişinin hâkim karşısına gelmesi halinde denetimli serbestlik çalışanları ile çoğu kez devam eden bir bağlantısının olmaması anlamına gelmektedir. Bu sebeple o kişinin hapis cezası yerine alternatif cezaya tabi olması şansı oldukça azalmaktadır. Yalnızca bir kısım ülkelerde (Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, İsveç ve Birleşik Krallıklarda) denetimli serbestlik, ihlali yapan kişiye toplumsal yaptırımın uygunluğu ile benzeri cezalarda ne ölçüde birlikte çalışma yapılabileceğine ilişkin olarak rapor hazırlamak zorundadır. Hatta bu durumda dahi R(92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı'nın 36'ncı tavsiyesine göre şart koşulan apaçık bir tanımdan 'informed consent (yazılı kabul)'den söz etmek mümkün değildir. Bu tanımda duruşma sırasında ihlalcinin kabulünün sorulması ile ilgili kullanılma usulünden de söz edilemez. Çoğu ülkelerde rızanın sorulması yalnızca uluslar arası düzenlemelerde yer alan zorla çalıştırmaya karşı oluşabilecek ihlalleri engellemek için yapılmaktadır.

Şüphelinin ya da sanığın yokluğunda karar verilebilen ülkelerde verilen kararlar daha çok hafif suçlara ilişkin kararlardır. Şayet yazılı kabul yok ise, o zaman çoğu kez toplumsal yaptırıma karar vermek mümkün olmayacaktır. Sadece Fransa'da 1989'dan itibaren hapis cezasının alternatif cezaya çevrilmesine ilişkin mahkemeden talepte bulunma imkânı verilmiştir. Pratikte bu imkân kanun metni ile ilgili tutarsızlık ve hâkimlerin verdikleri hapis cezalarını kaldırmaları konusundaki isteksizliklerinden, engellemelerinden ve direnmeleri dolayısıyla neredeyse hiç kullanılmamaktadır.

VIII- Tepkisel Etki

Sınırlamaların ve eksikliklerin ikinci kategorisi olarak toplumsal yaptırımların tepkisel etkisi olarak ifade edebileceğimiz durumdur. Bu etkiler

karşı üretimseldir (contraproductief). Çünkü sadece toplumsal yaptırımların var oluşu zaten daha çok hürriyeti bağlayıcı cezaların uyarılmasına sebep olmaktadır. Bu belirtilerin arkasında çeşitli mekanizmaları görmek mümkündür:

İlk olarak sorgu hâkimleri hangi sebeple olursa olsun toplumsal yaptırımlar gibi ‘yumuşak’ tedbirlerin ceza soruşturması bakımından zorunlu olmayan yargılama öncesi tutukluluk halinden daha önde tutulmasından hoşlanmayabilirler. Yargılama öncesi tutukluluğun etkisi, bu tutukluluğun ‘kısa ve ani şok’ anlamına gelmesi nedeniyle daha sonra hâkimin artık alternatif bir yaptırıma önceden vermiş olduğu tutukluluk kararı nedeniyle hapis cezası dışında bir karar vermemesine neden olmaktadır. Toplumsal yaptırımların varlığı yargılama öncesi tutukluluğun bu amaç için kötüye kullanılması usulünü harekete geçirmektedir. Bu sebeptir ki tutukluluğun yargılama başlamadan önce yer alan hapis cezası yerine geçen bir şekil olarak kötüye kullanılmaması veya kullanılacak olmasının önüne geçmek için kesin kriterlerin geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Bu durum, alternatif yaptırımların sadece ceza usulünün infaz aşamasında geliştirilmesi gerektiğini değil duruşma öncesi aşama içinde hapse girmeye yönlendirmeyen, hapsi anımsatmayan alternatiflerin aranması gerektiği veya mümkün ise, mevcut yaşayan alternatiflerden daha fazla kullanılması gerekliliğinin altını çizmektedir (kefalet bedeli, sınırlı hareket özgürlüğü ve ev hapsi). Bu Almanya, Fransa ve İtalya gibi davaların hızlı bir şekilde sona ermesi için yargılamanın mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde yapılmasını sağlayan özel prosedürlerin somut olarak ve artan bir eğilimle yer almaya başladığı ülkeler için de geçerlidir. Bu prosedürler sanık ve avukatına mahkemeye iyi düşünülmüş bir alternatifin sunulması için yeterince vakit vermemektedir. Yakın zamanda Kensey’in de haklı olarak fark ettiği gibi, bu prosedürler mahkemeye hapis cezasının yerine geçen toplumsal yaptırımların verilmesi için gerekli faktörlerin araştırılmasına yönelik yeterli zamanı vermemektedir. Bu manada sanığın sosyal durumu ile kişiliği gibi faktörler düşünülebilir⁵².

Hapsi gerektirmeyen alternatiflerin hapis cezası yerine artan bir ölçüde değil de azalan bir ölçüde yer almasında ikinci mekanizma, öngörülen şartların yerine getirilmemesi halinde davanın mahkemeye hapis cezası verilmesi için tekrar geri gönderilmesidir. Tutukluluğun artışı, etkisi, ilk toplumsal yaptırımın hapis cezası dışında bir cezaya değil, fakat diğer bir

⁵² Bkz.: A. Kensey, Community sanctions and measures in France, bkz. dn. 3.

hürriyeti bağlayıcı olmayan bir yaptırıma çevrilmesinde veya toplumsal yaptırımın erteleme ile birlikte karar verilmesi durumunda veya Kanada ve İskoçya 'da olduğu gibi toplumsal yaptırımın denetimli serbestlik tedbirinin bir bölümü olarak verilmesi durumunda anlaşılabilir⁵³. İskoçya'da bu durum verilen toplumsal yaptırımların yaklaşık %50'sinde böyledir⁵⁴. Hem Birleşmiş Milletler hem de Avrupa Konseyi'nin Minimum Standart Kurallarında toplumsal yaptırımların kesin olarak hapis cezası verilmesi için iade edilmesi düşüncesini kesinlikle reddetmesine rağmen, çoğu Avrupa ülkelerinin yargı kurumlarında fiilen genel yaklaşım bu şekildedir.

Minimum Standart Kurallara rağmen (bu durumda Kural 84) hatta bir kısım ülkeler (Fransa, İrlanda, Lüksemburg ve Portekiz) ceza kanunlarında ilgilinin toplumsal cezanın şartlarına riayet etmemesi halinde, bu durumun mahkemeyi küçük görme şeklinde görülmesi gerektiği, tamamen ayrı bir suç olarak değerlendirilerek ve daha önce verilen asil cezai eylem için öngörülenden daha yüksek bir hapis cezasının verilebileceği düzenlenmektedir. Devamında Minimum Standart Kurallarla (Kural 13) çelişerek çoğu Avrupa ülkelerin hukuk sistemlerinde verilen toplumsal yaptırımın başarısızlıkla kesilmesi durumunda verilen hapis cezasına itirazın, yasal yolun bulunmaması da ayrı bir problemdir.

100

Bu bağlamda özellikle toplumsal yaptırımların yargıda ve toplumda kabul edilmesi ile ilgili fevkalade önemli olan husus, Avrupa ceza hukuku sistemlerinde çeşitli yaptırımların verilebildiği ortak kıyaslanabilir dönüşüm kuralları ile ilgili rasyonel ve açık kurallar getirilmesidir. Bir tarafta toplumsal yaptırımların diğer tarafta mali ve hürriyeti bağlayıcı cezalar birbiriyle bir ya da birkaç boyutta bağlantılı ve karşılaştırılabilir olabilmelidir. Şu ana kadar bu durum, çoğu hukuk sistemlerinin en zayıf noktalarından biridir. Bu usulde örneğin, bir yıl hapis cezasının 240 saat ücretsiz çalışmaya çevrilmesi durumunda, kanunu ihlal eden kişinin bu yaptırımını kabul etmedeki isteksizliği durumunda, yerine getirilmeyen yaptırımın tekrar 120 günden fazla olmayan hapis cezasına çevrilmesi ve toplumsal cezanın infazı sırasında ihlalle karşılaşması durumunda her kalan çalışılmayan saatin bir gün hapis cezası karşılığında çevrilememesi ciddi şekilde ikna edici olamamaktadır. Pazarlık yapan ve esnek davranmanın

⁵³ Bkz.: A.Leschied and A.Cunningham, Community sanctions and measures in Canada, Bkz. dn.3.

⁵⁴ Örnek olarak bkz.: G. Mc Ivor, 'Community Service and Custody in Scotland', Howard Journal 1990, 29/2, sh. 101-113 ve B. Lockhart, Community sanctions and measures in Ireland, bkz. dn. 3.

hesabını yapan ihlalcileri davet eden benzer kanuni kurallar, kendiliğinden uygulanamamaya ve işlememeye mahkûm olmuştur. Çeşitli cezalar ve yaptırımlar iki açıdan karşılaştırılabilirler. Birincisi, ihlalcinin kanuni bir cezada tabi olmak zorunda olduğu zaman dilimine işaret etmekte. İkincisi ise, ihlalcie verilen sınırlamaların ağırlığı ve şiddetini işaret etmektedir. Değerlendirme için, bu iki boyutun karşılaştırmasının birleştirilmesiyle özenle ilkeler koleksiyonun hazırlanması gerekmektedir.

Toplumsal yaptırımların tepkisel etkisinin sonucusu olan üçüncü mekanizma, hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmeyen yaptırımların ‘yayılma (net- widening)’-veya ‘dönüşüm’- etkisi olarak adlandırdığımız etkidir. Açıktır ki bu çeşit yaptırımların popülaritesinin yüksek oluşu ile toplum, siyasetçi ve kanun koyucuların çoğunun geniş kabulleri, bu yaptırımların geçmiş günlerde para cezası ile cezalandırılan kabahatler, erteli ceza ve denetimli serbestlik etaplarının şartlı ya da şart olmadan cezalarla birlikte kullanıldığı durumlar yerine kullanılmasını da düşündürtebilir. Toplumsal yaptırımlar, bir tarafta erteli cezalar, para cezaları ve şartlı uygulamalar gibi ‘yumuşak’ tercihler diğer taraftan ise hapis cezaları arasında mesafeyi kapatan yaptırımlar olarak hoş karşılanmıştır. Fiili durumda yaptırım politikasının ağırlaştırılmasını içeren bu süreç, neo klasik fikirlerin ve önleyici adaletin revaçta olduğu günümüzde anlaşılabilir. Bu, Amerika Birleşik Devletlerinde olmakta olanlarla ilgili her olayda gördüklerimizdir.

Tonry (2001), hâkimlerin kamu yararına çalışma gibi hapis cezasını gerektirmeyen ön kapı (soruşturma aşaması) programlarından (ABD’de front-end programları olarak adlandırılmaktadır) oluşan yaptırımlara tutuklama kararı yerine nadiren karar vermektedirler. Pratikte “hâkimler cezalandırılmadıkları zaman denetimli serbestlik altına girecek insanlara ceza vermeyi tercih etmektedirler”⁵⁵. Bu sebeple kamu yararına çalışmayı ‘arka kapı (kovuşturma aşaması)’- yaptırımı olarak alan ve bu yapıda hapis cezasının kamu yararına çalışmaya veya açık ceza infaz kurumunda tutuklamaya çevrilmesini ceza hâkiminin takibinde değil, denetimli serbestlik benzeri ‘Correctional (ıslah) Service’ lerin devraldığı İsviçre modeline ilgi göstermek iyi olacaktır. Bu Killias’a göre ‘net- widening (yayılma)’ etkisinin İsviçre’de diğer Avrupa Ülkelerinin aksine ortaya çıkmamasına neden olmuştur. Yine ceza hukuku alanında uzlaşmanın artan ölçüde uygulandığı ülkelerde uzlaşmanın öncelikle kovuşturmanın alter-

⁵⁵ Bkz.: M. Tonry, Community penalties in the United States. Bkz. dn. 3.

natifinden ziyade şartsız vazgeçme yerine kullanıldığına ilişkin açık işaretleme vardır⁵⁶.

IX. Diğer İki Negatif Etki

Son olarak toplumsal yaptırımların tepkisel etkisi ile ilgili olarak genelde ilgili literatürde bütün olarak görmemezlikten gelinen iki farklı etkiye de dikkat etmek gerekir. İlk olarak toplumsal yaptırımlar pratikte hapis cezaları yerine alternatif olarak kullanılmakta ki kural olarak toplumsal yaptırımlar yalnızca ‘normal’, ve ‘uygun’ suç işleyen kişilere ve genelde istikrarlı bir hayat sürdüren daha az vahim suçlar için verilebilir. R(92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı’nın 20’inci tavsiyesi, toplumsal cezaların verilmesi ve uygulamasında ırk, renk, etnik köken, milliyet, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka düşünce, ekonomik, sosyal veya diğer bir durum veya başka düşünce veya fiziksel veya akli koşullar nedenler temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır⁵⁷.

Ancak, bu kuralın uygulanması çok zor gözükmektedir. Çoğu toplumsal yaptırımlar için kanunu ihlal eden kişinin toplumsal yaptırımı yerine getirmesi, bu ceza ile birlikte gelen zorunlulukları uygulaması için göreceli olarak dayanıklı durumda bulunması kaçınılmazdır. Toplumsal yaptırımlara hükmedilen kişilerin karakteristik özelliklerine baktığımızda, uyuşturucu bağımlıları, yabancılar ve evsiz-barksızlar gibi önemli kategorilerin güç bir şekilde savunulduğu sonucunu çıkartıyoruz. Yine çoğu ülkelerde suçların (uyuşturucu suçları, cinsel suçlar, herhangi bir madde etkisi altında araç kullanma ve gürültü suçları) bazı türleri ile kabahatlerin bazı kategorilerinin savunulmadığını, bilhassa şekli hukuk tarafından veya uygulanan ceza verme pratiği açısından bu tür suçları işleyen kişilere toplumsal cezaların verilmesi yolu kapatılmıştır. Sıklıkla mükerrirlere de toplumsal yaptırımların verilmesi yolu kapatılmaktadır.

⁵⁶ S. Davreux et al.; evaluation de l’application de la loi organisant une procedure de mediation penale en Belgique du 1/1/1996 au 31/12/1996, Bruxelles, Ministere de la Justice 1997; Hollanda ve İngiltere/İskoç’ya da ki ‘net- widening’ etkisi için bkz.: Ken Pease, ‘Community Service Orders in: M. Tonry and N. Morris (editörler), Crime and Justice, An Annual Review of Research 6 (1985), s.51-94 ve E.C. Spaans, ‘community Service in the Netherlands: its Effects on Recidivism and Net- Widening’, International Criminal Justice Review 8 (1998), s. 1- 14.

⁵⁷ Bu sebeptendir ki Bakanlar Komitesinin 2000 (22) sayılı Bakanlar Komitesi tavsiyesinde önemli bir şekilde kural vurgulanmakta: “Ciddi ve mükerrir suçlar bakımından kamusal ceza ve tedbirlerin kullanımını önleyen resmi düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve azaltılması dikkate alınmalıdır”(rehber ilkeler no.2.3).

Bu durumu ceza infaz kurumlarında bulunanların zor değişen karakterlerinde de görmekteyiz. Ceza infaz kurumları artan ölçüde toplumsal yaptırımların verilemediği belirli kategorideki sanık ve hükümlüler için toplama merkezi olmaktadır. İmkânların oluşturulması, kısmen mali imkânların yetersizliğinin kısmen de siyasi isteksizliğin bir devamıdır. Albrecht (2001) garanti etmektedir ki: “ Ne mevcut toplumsal yaptırımlar ne de toplumsal yaptırımların çeşitlendirilmesini artırma planları, halen sayı olarak artan ve toplum dışı yerlerde bulunan ve bu yüzden de toplumsal yaptırımların ulaşma alanı dışında kalan bu grup hükümlü gruplarına çözüm sunacak.”⁵⁸

Bu kategoride bulunanların doğrudan ya da dolaylı olarak toplumsal yaptırımlarla cezalandırılabilmesi yolunun kapatılması nedeniyle, hapis dışı alternatif yaptırımların sadece ayrımcılık ve damgalayıcı etkisini değil, aynı zamanda ceza infaz kurumunda kalan diğer nüfusa da olumsuz etkileri olmaktadır. Bunun sonucu olarak ceza infaz kurumlarında kalan diğer nüfus gittikçe daha çok ıslah edilemeyen, kullanılamayan, daha özel ceza infaz kurumlarının özel ünitelerine kapatılması gereken ve en temel hakları (hükümlü hakları) gittikçe daha fazla kısıtlanan suçlular olarak görülüyor ve muamele ediliyor. Hapsedilenler açısından toplumun ve siyasetin değişen bu bakış açısı, kısmen ‘normal’ hükümlülerin bulunmayışı gerçeği nedeniyle tutuklamanın genel etkililiğini tekrar topluma kazandırma ve mükerrirlik açısından güçlü bir şekilde gerilemesine neden olmaktadır. Sosyal bölümlerin (denetimli serbestlik ünitelerinin) görev ve davranışlarında da değişiklikler meydana gelmiştir: Bu kurumlar artan bir ölçüde ceza infaz kurumlarında bulunan nüfusun iyileşemeyecek bir nüfus olarak kabulü eğilimindedirler. Çeşitli nedenler (mali imkânların yetersizliği, Adalet Bakanlığı ve siyasetçilerden baskı, personelin tükenmişliği ve daha iyi sonuçlar için artan talep) denetimli serbestliğin bilhassa toplumsal yaptırımlara ilgi duyduğunu, uğraştığını ve sonuç olarak hükümlülere rehberlik etme ve serbest kalan mahkûmlarla ilgilenme gibi iş çeşitlerinden geri çekildiğini göstermektedir.

Tutuklamaya alternatif olarak son zamanlarda uygulama alanının genişlemesi, ceza infaz kurumları idarelerine duruşmadan sonraki ceza prosedürü aşamasında kısmen veya tamamen uygulanacak cezalarda yetki verilmesi aracılığıyla yaptırımların hapsetmeme şekillerinde infazına, birde

⁵⁸ Bkz.H-J. Albrecht, Community sanctions in the Federal Republic of Germany, dn. 3’e bkz.

bu açıdan bakılma, düşünülme mecburiyeti vardır. Uygun hukuki kontrol ve tespit edilmiş kıstas yetersizliği yargı erkininin içinde keyfi ve subjektif çalışmasına neden olmaktadır. Fanchiotti (2001) bu durumun yargının uygun olmayan manipülasyonlara ve cezai yaptırımlarla ilgili oldukça geniş esneklik doğuracak, eşitlik prensibi ile kanunun temel ilkeleri göz ardı edilecek ve ayrıca ceza hukukunun genel revizyonu, düzeltilmesi ile şekillendirilmesi de yavaştırılacaktır.⁵⁹

10- SONUÇ

Söylendiği gibi, son 30 yılda toplum içerisinde infaza yönelmiş yaptırımların yeni şekillerini, türlerini uygulama sonuçlarını gözden geçirdiğimizde, kötümser sonuçlara varmamızı gerektiren bir durum gözükmemektedir. Bu yine de yurt dışında (başlıca Anglosakson bölgesi) çoğu kez feryatlar ve şikâyetler için kullanılan “hiç bir şey çalışmıyor (nothing works)” için yeterli neden değildir. Şu ana kadar edinilen tecrübelerden öğrenebileceğimiz şudur ki; kamu yarına çalışma ve diğer toplum içerisinde infazı yapılan yaptırımların, hürriyeti bağlayıcı cezaların verilmesi teşebbüslerinde günümüze kadar hala sınırlı bir rolü olduğudur. Toplumsal yaptırımlar başarılı olduğu müddetçe, bu yaptırımların belirli çalışma alanlarında neden olabilecekleri tepkisel etkilere de uygun bir şekilde dikkate alınmalıdır.

Sonuç olarak toplumsal yaptırımların daha geniş bir bakış açısıyla yerleştirilmesi ve onlara uzun vadede daha yaşanabilir kılınması için sadece onların kalıtsal olarak sahip oldukları olumlu yönlerinin dikkate alınmaması zorunludur. Toplumsal yaptırımların yetersizlikleri ve tepkisel etkilerine dikkat edilmesi bilincine sahip olunması, önümüzdeki süreçte mevcut ve yeni toplumsal yaptırımların yenilenmesi, keşfedilmesi ve uygulanması açısından önemlidir. Yeni yaptırımların başarılı bir şekilde geliştirilmesi için temel ve asgari şart “ Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkındaki (R (92) 16) Sayılı Tavsiye Kararı” “kural 90’la” ilgili özel yönlerin ifade edildiği değerlendirme araştırmalarına daha fazla yatırım yapılmasıdır.⁶⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2000) 22 sayılı

⁵⁹ Bkz. V. Fanchiotti, Alternatives to imprisonment in the Italian criminal justice system. Bkz.dn.3.

⁶⁰ R (92) 16 Kural 90 der ki: Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin değerlendirilmesi; - kanun yapanların, adli mercilerin, karar veren organların, infaz makamlarının ve toplumsal yaptırım ve tedbirlerin amaçlarına uygun sivil toplum örgütlerinin beklentilerine uyması; - hapsedilme oranının azaltılmasına katkı sağlaması; - suçlunun suça ilişkin ihtiyaçlarının karşılanması; - maliyetin etkili olması; - toplumda suçun azal-

son tavsiye kararı da mevcut ve yeni toplumsal cezaların devam edebilirliğine yönelik sayısal ve niteliksel araştırmanın önemine vurgu yapmaktadır.⁶¹ Avrupa'ya Toplu Bakış adlı kitabın (Albrecht & Van Kalmthout, 2001, bkz. dn.3) son baskısında da bölüm yazarlarının vurguladığı gibi, araştırma özellikle bağımsız değerlendirmenin eksikliğinde toplumsal yaptırımların yaşanabilirliği ve inandırıcılığını sarsacağı için, daha katı ve caydırıcı ceza uygulamaları çağrısının siyasetçiler ve büyük medya tarafından yapıldığının gittikçe daha çok takdir edildiği günümüzde özellikle ihtiyaçtır. Buna karşılık siyaset, büyük medya ve ceza hukuku otoriteleri tarafından ekseriyetle teklif edilen şey, genelde konuşulan ve kamuoyu araştırmalarında da toplumsal cezaların uyumunun toplum tarafından desteklendiğinin net ve yeterli sıklıkta işaretleri görülmektedir. Toplumun çoğunluğu eğitim programlarının etkili kullanımını, tazminat ve yardımı, hapis cezaları ve diğer hürriyeti bağlayıcı cezalara tercih etmektedir.⁶²

Valkova (2001) Çek Cumhuriyetinde de çeşitli kamuoyu araştırmalarının, artan suç rakamları ve daha sert baskı yapılması çağrılarına rağmen, araş-

masına katkı sağlaması; gibi kullanım alanlarının objektif değerlendirilmesini içermeli ancak bunlarla sınırlandırılmamalıdır.

⁶¹ Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin araştırılması ile ilgili olarak 22 no'lu tavsiye kararı şu ilkeleri formüle etmektedir: 24. Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin uygulanmasında kullanılan program ve müdahalelerin sonuçlarını değerlendirmek ve bu programların verilmesini izlemek için araştırma konusunda uygun yatırımlar yapılmalıdır. 25. Araştırma, hem suçluları başka suç işlemekten vazgeçiren faktörleri hem de bunu başaramayanlara ilişkin faktörleri tanımlamaya çalışmalıdır. 26. Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin etkileri konusundaki araştırmalar mahkûmiyet sonrası gözetimin basitçe kaydedilmesiyle sınırlı kalmamalı, daha duyarlı kriterler kullanılmalıdır. Bu gibi araştırmalar, örneğin yeniden suç işlemenin sıklığı ve ciddiliği ile birlikte, toplumda düzelmenin kişisel ve sosyal belirtilerini ve toplumsal yaptırım ve tedbirlerin uygulanmasına yönelik olarak suçluların görüşlerini de içermelidir. 27. Araştırma mümkün olan en geniş alanda, farklı programların etkinliği konusunda karşılaştırmalar yapabilmelidir.

28. Toplumsal yaptırım ve tedbirlerin verilerini ve kullanım sahasını düzenli olarak tanımlayan istatistikler geliştirilmelidir. 29. Yüksek derecede personel morali, ruh sağlığı ve yeterliliği sağlamak için, toplumsal yaptırım ve tedbirlerin uygulanmasına ilişkin olarak üstlenilen çeşitli görevlerle bağlantılı olarak, kişi başına yapılan iş konusunda nitelik ve nicelik bakımından değerlendirmeler yapılmalıdır.

⁶² Örneğin Bkz; J.g. Andersen, Borgerne og lovene (The Citizens and the Laws), Aarhus Universiteitsforlag 1998; J.Doble and S. Immerwahr, Delawareans Favor prison Alternatives, in: M. Tonry and K.Hatlestad, Sentencing reform in overcrowded times, Oxford, New York, 1997, sh. 259-269; NIPO, Görev cezalarına büyük toplum desteği (Great Societal Support for Task Penalties), Den Haag 1998; VBSA, 40- Jahre, Der Bericht 1997, Wenen 1998.

tırmaya katılan vatandaşların genelde araştırmada ki hâkimlik rolleri gereği gerçek hâkimler tarafından suçlulara verilen cezadan daha az ceza verdiklerini rapor etmiştir⁶³. Tonry (2001) ABD’nde de kamuoyu görüşünün “kamu yararına çalışma ve tazmin gibi ‘külfetli’ yaptırımları güçlü bir şekilde desteklediğini ve para cezası veya ev hapsi gibi ‘yumuşak’ yaptırımlar için az destek verdiğini rapor etmektedir.⁶⁴ Bununla ilgi gelecekte özellikle denetimli serbestlik kuruluşların artan ölçüde “kaynaklarını ve dikkatlerini, toplumun bilgilendirilmesine ve denetimli serbestlik servislerinin talip oldukları sorumlu işler için iletişimin geliştirilmesi stratejileri ile halkla ilişkilere daha fazla tahsis etmeleri”⁶⁵ gerekecektir. Toplumsal yaptırımlar, uygun değerlendirme çalışmaları olmadan kısa süre içerisinde toplumsal desteklerini kaybederler. Özellikle şu anda suçluluğa artan ölçüde politik cevap olarak ‘popülist cezalandırma’ şeklinde karakterize edilmesi durumunda. Bu konu ile ilgili Killias’ın (2001) vardığı sonucu yok sayamayız. Killias bu sonucunda; “yeni yaptırımların dikkatlice değerlendirilmesinin ihmal edilmesi veya öğrenilen derslere yeterince önemin verilmemesi, günümüzün kanun koyucularına deliller böyle yapılmasını gerektiriyor dese dahi modern hareketlere karşı (ceza infaz kurumunda çalışma) yeni yaptırımların etkili bir şekilde savunulması şansından mahrum bırakır.”⁶⁶ Toplumsal yaptırımların ve tedbirlerin uygun değerlendirilmesi olmadan, toplumsal yaptırım ve tedbirlerin etkilerinin ve eksikliklerinin tamir edilmesi, karşı koyulması ve önlenmesi için etkili hareket edilemez. Ancak Kyvsgaard’ın (2001) Danimarka’daki durumu netleştiren analizindeki gibi; toplumsal yaptırımların karşılaştığı çoğu engellerin daha çok birincil olmaktan ziyade ikincil olduğu cesaretlendirici değil mi? Çünkü bu engeller toplumsal yaptırımın kendisinden değil, bu yaptırımların uygulanmak zorunda bulunduğu çevre ve şartlardan kaynaklanmaktadır.⁶⁷

⁶³ Bkz.; J. Valkova, Community sanctions and measures in the Czech Republic, Bkz. dn.3.

⁶⁴ Bkz.: M. Tonry, Community penalties in the United States; Bkz.dn.3.

⁶⁵ Bu iddia Kuzey İrlanda Baş Denetimli Serbestlik memuru tarafından dile getirildi, Mrs. Breidge Gadd bunu B. Lockhart, Community sanctions and measures İn Ireland adlı kitaptan alıntı yaptı, Bkz. dn. 3.

⁶⁶ Bkz. M. Killias, Community Service without Net- Widening- A Question of Implementation ?. Bkz. dn.3.

⁶⁷ Bkz. B. Kyvsgaard, Community sanctions and measures in Denmark, Bkz.dn.3.