

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKUN YÖNTEM VE GÖREVLERİ: İDDİA PAZARLIĞI ÖRNEĞİ

Prof. Dr. Henning ROSENAU*

Çeviren: Dr. Öznur SEVDİREN**

Giriş

Karşılaştırmalı hukukun, ceza hukuku alanında bir tür ‘üvey anne muamelesi’ ile karşılaştığı vakıadır. Bununla birlikte, bu disiplinin nasıl bir anlam kazanacağı, bilgiye ulaşmada sunacağı katkılar ve yardımcı bir disiplin olarak hataları engelleme potansiyeli her geçen gün daha fazla ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada karşılaştırmalı hukukun bu potansiyelini Almanya’da 4.8.2010’den beri yürürlükte bulunan ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 257c maddesi ile düzenlenmiş iddia pazarlığı üzerinden tartışmaya açacağım.

I. Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri

87

Karşılaştırmalı hukukun görevleri kolaylıkla belirlenebilir, zira bu bakımından ihtilaf esasen azdır.

Bu çalışmaya büyük medeni hukukçu *Gerhard Kegel*’in değerlendirmeleri ile başlamak istiyorum. *Kegel* “baskın ulusal ufuğun dünyaya açılması” ile yer değişmesinden söz eder.¹ Karşılaştırmalı hukuk ile meşgul hukukçu kendi ulusal hukuk sistemi ve düşüncelerinin doğru ve giderek daha adil bir hukuk için tek gerçek olduğu fikrine yabancıdır. Hukuk öğrenimi sırasında öğrendiği kuralların göreliliğini de yabancı hukuk sistemlerini tanımasıyla açık bir biçimde kavrar. Yine bu aşamada, başka çözümlerin bulunduğu, bu çözümlerin amacına uygun olarak işlevini yerine getirdiği ve hatta daha etkin ve doğru olabildiğini şaşkınlıkla tespit eder.

Dolayısıyla karşılaştırmalı hukuk ulusal öğreti ve cevapların sorgulanması ve yabancı hukuklardaki yaklaşımlarla karşılaştırılması

* Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

** Türk-Alman Üniversitesi Müfredat Kurulu Üyesi

¹ *Kegel*, Ernst Rabel – Werk und Person, RabelsZ 54 (1990), 1, 10.

ve bu bakımdan belli bir uygunluğun sağlanması için itici bir güç vazifesini görür. Karşılaştırmalı hukuk faaliyeti bu bakımdan tanımı gereği bilime ilişkin kurgumuzla doğrudan bağlantılı bir yöntemdir.

Hukuk sistemlerinin karşılaştırılmasının kanun koyucu için önemli bir motivasyon sağladığı açıktır. Kanun koyucu belli bir konuda reform zorunluluğu doğduğunda karşılaştırmalı hukuk birikiminden yararlanır. Olumsuz örneklerin bu bağlamda daha başarılı modellere göre önemi az değildir. İddia pazarlığı, karşılaştırmalı hukukun bu etkisini göstermesi bakımından iyi bir örnektir.

Avrupa Birliği hukuk sistemlerinin uyumlulaşması ancak karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının belli bir olgunluğa erişmeleri ile mümkündür. Avrupa Birliği sınırları içinde Romanik, Germanik ve Anglo-Saxon sistemleri gibi birbirinden çok farklı hukuk sistemleri bulunmaktadır. Avrupa hukuku ile ilgili düzenlemelerin benimsenmesi için belli bir sistemin hukuk mantığı ile çok çelişmeyecek normatif karşılaştırmalı hukuk çözümlerinin bulunması gerekir. Yeterince zorlu olmasına rağmen bu hedef doğrultusunda hareket etmek lüzumu bulunmaktadır. Örnek olarak 2000 yılında bazı meslektaşlarımız tarafından ortak bir ceza kanununun çekirdeği olarak görülen *Corpus Iuris* verilebilir. Avrupa Birliği federal bir devlete dönüşmeden bu yaklaşımı hatalı bulmakla birlikte,² *Corpus Iuris*'in de farklı üye devletlerde ceza hukukuna ilişkin tasavvurların nasıl yan yana gelebileceğini gösterdiği kanaatindeyiz.

Karşılaştırmalı hukuk sadece bilimsel bilgiyi desteklemez, aynı zamanda mahkemelerin ortaya koyduğu tespit ve içtihatları da besler. Lüksemburg'da bulunan Avrupa Adalet Divanı, Avrupa hukukunu uygularken kavramları karşılaştırmalı olarak yorumlar. Bu tarz bir yorum faaliyeti örneğin Almanya'da veya Estonya'da ceza kavramından ne anlaşıldığı hususuna değil, Avrupa Birliği ülkelerinde bu kavram ile neyin bağlantırıldığı noktasına odaklanmaktır. Ulusal mahkemeler de, karşılaştırmalı hukukun verilerini kimi olaylarda kullanmaktadır.³ Strazburg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için de durum burada tarif edilenden daha farklı değildir.

² Krş. *Rosenau*, Zur Europäisierung im Strafrecht, ZIS 2008, 9 vd.

³ Aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden doğan delil yasakları için bkz. BGHSt 38, 214, 228 vd.; evlilik dışı cinsel ilişki kavramı hakkında bkz. BGHSt 1, 293, 297 Anayasa Mahkemesi ve kamu

Burada belirtilen önemli noktalar dışında da karşılaştırmalı hukukun başka amaçlarından bahsedilebilir. Karşılaştırmalı hukukun ihtilafları ideolojisizleştirme potansiyeline bu bağlamda işaret edilebilir. Örneğin, sıklıkla tartışılarda insan onuruna aykırılık argümanına atıfta bulunulur.⁴ Ne var ki, eleştirilen muhakeme biçiminin komşu ülkelerde kabul edilen pratik olduğu görüldükten sonra bir değerlendirmede bulunurken daha dikkatli olunacağı açıktır. Zira söz konusu ülkede insan haklarının hiçe sayıldığını iddia etmek çoğunlukla savunulması mümkün olmayan bir tezdır.

II. Karşılaştırmalı Hukuk Yöntemleri

Çalışmamızın bu bölümünde, neden sorusundan sonra şimdi de nasıl sorusu üzerinde duracağız. Burada, karşılaştırmalı hukukun yöntemlerinden emin olmak lüzumu hâsıl olmaktadır. Karşılaştırmalı hukukun yöntemleri üzerine konuşurken örneğin son yıllarda Almanya’da kanuni dayanağı olmadan gelişen iddia pazarlığını Amerika Birleşik Devletleri’ndeki durum (mevzuat ve uygulama) ile nasıl karşılaştıracacağız?

1. Normatif-Betimleyici Yöntem

Karşılaştırmalı hukukun analizi konusundaki geleneksel yöntem bu fenomene normatif yaklaşımdır. Bu yaklaşım Freiburg Üniversitesi’nde akademik kariyerinin ilk tebliğinde *Hans-Heinrich Jescheck* tarafından ortaya konulmuştur. Hukuksal açıdan dünya çapında merak uyandıran garabetlerin müzelere özgü yan yana gelmelerinden oluşan bir karşılaştırmalı hukuk perspektifi tehlikesini bertaraf etmek için *Jescheck* kendi dogmatik ve ceza politikası kalkış noktalarından hareket etmiştir. Bunun için karşılaştırmalı hukukun yorumunu sağlayan sonuçları bağlantılandırmıştır.⁵ *Jescheck*’e göre karşılaştırmalı hukukçunun kalkış noktası ki *Jescheck* bunun karşılaştırmalı hukukçunun kendi hukukunun yaklaşımının aynısı olmaması gerektiğini belirtmiştir, bir çalışma hipotezi olarak ele alınmalıdır. İkinci aşamada, yabancı hukuk yorumlanmalı ve üçüncü aşamada da sistematize edilmeli ve gerekli durumlarda, dördüncü

hukuku bakımından yeni bir konu başlığı olarak giderek artan karşılaştırmalar için bkz., *Weber*, JZ 2010, 157; *Michaels*, RabelsZ 66 (2002), 97, 105 vd.

⁴ *Brand*, JuS 2003, 1082, 1084.

⁵ *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, 1955, S. 37 ve. 40.

aşamada bir değer hükmü verilmelidir.⁶ *Jescheck*'e göre bu dördüncü basamak, gerçek anlamda bir hukuklar arası karşılaştırmanın sınırlarını aşmaktadır, çünkü burada değer kategorileri olan adalet ve ceza politikası açısından amaca uygunluk değerlendirmelerinin yapılması söz konusu olup, tanım gereği bilgi alanı ile değil daha ziyade inanç/kanaat alanı ile ilgilidir.⁷ Zira iyi veya kötü hukuk değerlendirmesi yapılamaz, soru iyi veya kötü hukuk sistemi ile ilgili olamaz.⁸ Bu tarz bir soru karşılaştırmalı hukukçuların değil hukuk felsefecilerinin konusudur. *Jescheck*, değer hükmü bildiren bir karşılaştırmalı hukuk düşüncesine eleştirel olarak yaklaşmaktadır.

Bu yaklaşımın eksikleri/açıkları nerede yatmaktadır? Kuşkusuz, kendi dogmatik duruşumuzu kalkış noktası veya orta nokta olarak belirlediğimizde, kazanılan bilgiler kaçınılmaz biçimde önyargılarımızla malul hale gelmektedir.⁹ Bu durumu, iddia pazarlığı kurumuna ilişkin yapılan tartışmalarda çok net bir biçimde görmek mümkündür. Bu tartışmalarda Amerikan muhakemesi Alman muhakemecilerin gözlüğünden değerlendirilmektedir. Alman hukukçular engizisyon muhakemesinin aydınlanma öncesi 'göze göz' ile belirtilen kısas mantığının izlerini taşımakta ve Anglo-Amerikan taraf mahkemesinde Almanya'daki hukuki durumun antipotlarını görmektedirler. Bu durum karşısında muhakeme aşamasında pazarlığın Amerika Birleşik Devletleri'nde sistemin özünde bulunduğu kabul edilirken, resmi olarak yapılan açıklamalarda Alman sistemi ile uyumsuz görünmesi gerekmektedir.

2. Fonksiyonelci Yöntem

Bu tarz tehlikeler, aydınlatılması ilk adım olarak farklı hukuk sistemlerinin yaklaşımını gerektiren nesnel bir problemi tarif edenlerin karşısına çıkar. Bir kültür görünümü olarak hukuk, sosyal düzendeki nedenler ve etkilerden bağımsız irdelenemez. Bu nedenle, hukuk yapma biçiminin *fonksiyonlarının* da incelenmesi gerekir. Büyük karşılaştırmalı hukukçu *Ernst Rabel* bu konuya daha önce

⁶ *Jescheck* (Dn. 5), S. 41 vd.

⁷ *Jescheck* (Dn. 5), S. 43; *Radbruch*, in: Kaufmann, A. (ed.), Gesamtausgabe, Bd. 15, Heidelberg 1999, S. 152, 154.

⁸ *Legrand*, *Le droit comparé*³, Paris 2009, S. 117;, in: *Legrand, P./Munday, R. (ed.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003, S. 240, 296.

⁹ *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*², 2004, S. 44.

değirmiştir.¹⁰ Bütün karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının tartışmasız çıkış noktası kabul ettiği bu tespit, bir tür meslek kuralı (*lex artis*) haline gelmiştir.¹¹ *Albin Eser*'in sözcükleriyle karşılaştırmalı hukukun konusu öncelikle norm değil, norma yüklenmiş kurala muhtaç sosyal düzen problemidir.¹² Burada hukuk sisteminin kendi sosyal gerçekliği içinde fonksiyonunu görmesi söz konusudur.¹³ Yine, hukuk kuralları anlamlarını sosyal gerçeklikten alırlar, dolayısıyla karşılaştırmalı hukukta hukuk kurumlarının karşılaştırılması ile yetinilmemesi, arka plandaki koşulların analizinin yapılması gerekir.

Fonksiyonelci yöntemin negatif tarafı karşılaştırmalı hukukçunun kendi dogmatik ve sistematik tasavvurlarından radikal biçimde ayrılma olanağı yaratır.¹⁴ Böylelikle, belli bir fonksiyona yönelmiş hukuk kurumları, iç hukukun sistematığı ile değil, araştırma konusu hukuk sisteminin kendi merceğinden incelenebilir.¹⁵ Yabancı hukukun analizinde bir fotoğrafçı gibi çalışılır.¹⁶ Daha açık bir deyişle, burada inceleme konusu hukuk sisteminin hukukçusunun pozisyonunu alınır.¹⁷

Bu tutum akla uygundur. “Alman hukukunun analiz yöntemleri ile incelendiğinde yabancı hukukun Alman hukukundan alınma yöntemler ile incelenmesi” veya örneğin “İslam hukukunun İngiliz hukukuna hâkim ruh ve yöntemlerle incelenmesi” mümkün değildir.¹⁸ İngiliz mahkemelerinin İngiliz hukukunun aksi ispatlanana kadar karşılaştırmalı hukuk ile uyum gösterdiği yönündeki cüretkâr

¹⁰ *Rabel*, in: Leser (ed.), *Gesammelte Aufsätze*, Bd. III, 1976, S. 1, 4.

¹¹ Bkz., örneğin, *Rheinstein*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*², 1987, S. 15; *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*³, 1996, S. 33 ve 37; *Koch et al.*, *IPR und Rechtsvergleichung*⁴, 2010, S. 280; *Starck*, *JZ* 1997 1021, 1028; *Junker*, *JZ* 1994, 921, 922; *Jung*, in: Hassemer vd., (ed), *FS Volk*, 2009, S. 223, 227; *Haase/Tax*, *JA* 2005, 232, 235; *Rösler*, *JuS* 1999, 1186 vd.; *Stuckenberg*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, S. 37 vd.; *Kischel*, *ZVglRWiss* 104 (2005), 10, 16; *Sieber*, in: Sieber vd. (ed.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, S. 78, 112.

¹² *Eser*, in: Albrecht vd. (ed.), *FS Günther Kaiser*, 1998, 2. Halbbd., S. 1499, 1521.

¹³ *Jung*, *JuS* 1998, 1, 2.

¹⁴ *Zweigert/Kötz* (Dn. 11), S. 33 u. 36; *Jescheck* (Dn. 5), S. 40; *Ebert*, *Rechtsvergleichung*, Bern 1978, S. 29.

¹⁵ *Constantinesco*, *Rechtsvergleichung*, Bd. II, 1972, S. 151; *Haase/Tax* (Dn. 11) *JA* 2005, 232, 235.

¹⁶ *Goldschmidt*, in: v. Caemmerer vd., *FS Wolff*, 1952, S. 217; eleştirel olarak, *Bild Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*⁹, 2004, S. 506.

¹⁷ *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*⁶, 2006, S. 212 vd.

¹⁸ *Constantinesco* (Dn. 15) S. 151.

varsayımı¹⁹ yöntemsel olarak savunulamaz. Bu yaklaşımın karşılaştırmalı hukukçuları kimi yükümlülükler altında bıraktığı aşikârdır. Karşılaştırmalı hukukçu kendi hukuk sistemine bakış açısına benzer bir empati geliştirmek,²⁰ bu hedefe mümkün olduğunca çok yaklaşabilmek²¹ ve dışarıdan değil, içerden bakmak durumundadır.²²

Fonksiyonelci yöntemden hareket edilmesi yöntemsel kurallara ilişkin kimi mülhazaların ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Birincisi, karşılaştırmalı inceleme, yabancı hukuklardaki hukuk kaynakları ile sınırlanamaz, daha ziyade bu kaynakların karmaşıklığı ve bütünselliğinin incelenmesi ve bu arada, her kaynağa inceleme konusu ülkede verilen önem ve ağırlığın da aynı olması gerekir.²³ İkincisi, hukuk kaynakları kendi mantığı içinde kendine has yorumlama yöntemi ile değerlendirilmesi gerekir.²⁴ Bu gereklilik, toplumsal değişimin söz konusu olduğu ve yeni gelen sistemin ceza hukukunun değişimini zaruri kıldığı, yeni hukukun eski hukuk gözlüğünden değerlendirildiği ve yorumlandığı durumlarda ayrıca önem kazanır. Üçüncüsü, toplumun tarihi, kültürel ve sosyal koşulları gibi kimlik teşkil eden yapısal özelliklerinin dikkate alınması gerekir.²⁵ Buna bağlı olarak „karşılaştırmalı hukukun gerçeklerine ulaşılacak istendiğinde“²⁶ yazılı hukuktan (law in the books) farklı olarak uygulamadaki hukukun (law in action) ön plana alınması gereklidir.²⁷ Dolayısıyla karşılaştırmalı hukukun pratikte ne düzeyde uygulandığı veya uygulanmadığı hususu da bu noktada önemlidir.²⁸

3. Fonksiyonel Metodun Eleştirisi

¹⁹ Armagas Ltd. v. Mundogas S.A. (C.A.), [1985] 3 W.L.R. 640, 644.

²⁰ Brand (Dn. 4), 1087.

²¹ Rösler (Dn. 11), 1188.

²² Sommermann, DÖV 1999, 1017, 1018. Bunun dekonstrüksiyona, başka bir deyişle, karşılaştırmalı hukukçunun çocuk olmasına varıp varmayacağı, pratik imkânsızlık karşısında şüpheli görünmektedir. Husa, ZfRV 2005, 55, 60.

²³ Constantinesco (Dn. 15), S. 151 ve 179 vd.; Zweigert/Kötz (Dn. 11), S. 34.

²⁴ Constantinesco (Dn. 15), S. 216 vd.; Haase/Tax (Dn. 11), 236.

²⁵ Schultz, in: Jescheck vd. (ed.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, S. 7, 14.

²⁶ Zweigert/Kötz (Dn. 11), S. 34.

²⁷ Jung (Fn. 11), S. 227; Sommermann (Dn. 22), 1023; Sieber in: Sieber vd.. (ed.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006, S. 78, 116 vd.; Kischel (Dn. 11), 26.

²⁸ Constantinesco (Dn. 15), S. 201 vd.

Ne var ki, karşılaştırmalı hukuk için genel olarak geçerli ve bağlayıcı yöntem kuralları bulma sorunu varlığını hissettirmektedir.²⁹ Yakın zamanlarda fonksiyonel yönteme ilişkin yeniden eleştirel bir tutum alınması ve giderek reddedilmesi bunu göstermektedir. Esasen, artık post-modern bir karşılaştırmalı hukuk yaklaşımına yönelindiğini gözlemlemek mümkündür.³⁰ Bu bağlamda, fonksiyonel karşılaştırmaların mümkün olabileceğine yönelik kabulün fazlasıyla iyimser olabileceği savunulmaktadır.³¹ Bunun yerine dil, politika ve din gibi kültürel unsurlar ön planda tutulmakta ve tabiidir ki her birinin somut olarak nasıl uygulanacağı açıklanamamaktadır.

Temel iddia burada bilgi teorisi/epistemoloji ile ilgilidir. Kendimize ilişkin önsel bir kavrayışımız olmadan yabancıları anlamamız mümkün değildir.³² Ceza hukuku için *Lüderssen* birçok kez hermeneutik (yorum bilgisi-ç.n.) yöntem problemini işaret etmiştir.³³ Karşılaştırmalı hukuk için *Pierre Legrand* bu soruyu/sorunsalı araştırmacının öznelliğine ilişkin olarak gündeme getirmiştir. Karşılaştırmalı hukukçunun önyargılarını nasıl telafi etmek gerekir?³⁴ Başkaları aynı şekilde şöyle ifade etmektedir: Kendi kültürü ile başka hukuk sistemlerini anlamaya çalışan biri kırmızı yeşil renk körü olan ve resminde sisi dağıtmaya çalışan bir ressam gibidir.³⁵ Kültür kendisini yöntemde tasfiye etmez.³⁶ Esasen, karşılaştırmacının kendi hukuk sisteminden radikal bir biçimde farklı olan bir sistem ile karşılaştırma yapıp yapamayacağı sorulabilir.³⁷ Burada karşılaştırmacının kendi hukuk sisteminden uzak olması bir çözüm olarak değil, bir problem tarifi olarak görünmektedir. Zira bilgi teorisi bakımından kişinin kendi kültürel orijininin herhangi bir etkisinin

²⁹ Koch vd. (Dn. 11), S. 280. Grundlegend nun *de Coninck* RabelsZ 74 (2010), 318 vd.

³⁰ Daha ayrıntılı kaynakça için *Brand* (Dn. 4), 1086.

³¹ Fakat aynı yönde, şu linkte <http://kirchner.rewi.hu-berlin.de/6Materialien/0910/vortraege/Kirchner-PPT-Koeln-2009.pdf>; (26.3.2010). Bu tarz ana akım (mainstream) bir karşılaştırmalı hukuka karşı *Frankenberg*, G., 1997 Utah L.R., 259, 265.

³² *Legrand* (Fn. 8), S. 252 ve. 292. Krş. *Samuel*, G., Cambridge L.J. 2008 (67), 288, 320.

³³ *Lüderssen*, StV 1991, 482, 485, ZStW 104 (1992), 735, 748 u. 751 vd., Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?, 1992, S. 59 vd., JZ 1997, 525, 526 vd.

³⁴ *Legrand* (Dn. 8), S. 59; (Dn. 8), S. 255 vd.

³⁵ Banakas zikreden *Husa* (Dn. 22), 56.

³⁶ *Legrand* (Dn. 8), S. 60; benzer biçimde *Großfeld*, in: Gottwald vd. (ed.), FS Henrich, 2000, S. 211 vd.

³⁷ Krş. *Husa* (Dn. 22) Hagen Henry çalışmaları için, 56.

olmaması ve bir doğal bilimci gibi davranması tasavvur edilemez.³⁸ Dolayısıyla, farklı ulusal kültürler, gelenek ve zihniyet yapılarının karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının yapılmasını güçleştireceği düşünülmektedir.

Legrand'ın daha ziyade nihilist çözümü şöyle özetlenebilir: Karşılaştırmalı hukukçu bir sonuç sorusu sormaz, bilakis kendisini hitap ile sınırlar. Karşısındakini dinler ve dikkatle değerlendirir.³⁹ Karşılaştırmalı hukukçu bir sosyal bilimci gibi hareket eder.⁴⁰ Farklılıkları araştırır ve bu arada uyumsuzlukları/uyumsuzlukları gördükleri gibi kabul eder. Esasen, bu yaklaşıma göre, hukuk sistemleri arasında bağlantı aramak veya daha iyi hukuk arayışı dahi bir hayalden başka bir şey değildir.⁴¹ *Legrand*'ın ötekileri anlamının imkânsız olduğu saptamasının hukuk sistemlerinin uyumsuz olduğu hükmü için nasıl olup da yeterli olduğu hususu hala açıklanmayı beklemektedir.⁴²

Ne var ki, bu eleştiri hukuk biliminin bilgilerini konusunda son tahlilde soru işaretleri doğurduğu için burada anılmalıdır. En temelde sadece karşılaştırmalı hukuk değil hukukun kendisi de bir varoluş problemi içinde kalabilir.⁴³ Her hukukçu, hukuku yorumlarken sürekli bir karşılaştırma faaliyeti içindedir.⁴⁴ Hangi insan ve sosyal bilimler karşılaştırmalı yöntemi kullanmaz? *Nikolaus von Cues*'in sözleriyle: “comparativa est omnis investigatio”: Her araştırma bir karşılaştırmayı içerir.⁴⁵ Karşılaştırmalı hukuk ile meşgul hukukçular için karşılaştırma deneyin doğa bilimlerindeki yeri kadar önem arz eder.⁴⁶ Bununla beraber, görüldüğü kadarıyla karşılaştırmaya engel zihniyet farklılıkları uluslararası çalışan avukatlık ortaklıklarını engellemektedir. Almanya'da hukukun yeknesaklaştırılması

³⁸ *Frankenberg*'in talebi bu doğrultuda, bkz. Harvard International L.J. 26 (1985), 411, S. 442.

³⁹ *Legrand* (Dn. 8), S. 67 vd.

⁴⁰ *Samuel* (Dn. 32), 314.

⁴¹ *Legrand* (Dn. 8), S. 279.

⁴² *Scheiwe*, KritV 2000, 30, 35 Dn. 11.

⁴³ Aynı doğrultuda, *Husa* (Dn. 22) Hagen Henry, 56 vd.

⁴⁴ *Sommermann* (Fn. 22), 1017; *Junker* (Fn. 11), 922. Daha geniş bir biçimde, *Graziadei*, in: *Legrand/Munday* (Hrsg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003, S. 100, 113.

⁴⁵ *Cusanus*, *De docta ignorantia* (Von der Wissenschaft des Nichtwissens), in: Döring (ed.), *Nicolaus Cusanus, Philosophische und theologische Schriften*, 2005, S. 51, 52.

⁴⁶ *Kaiser*, in: *Kaiser* vd. (ed.), *Strafrecht, Strafrechtsvergleichung*, 1975, S. 79.

Medeni Kanunun (BGB) kabulü ile mümkün olmuştur. Yine Fransız Medeni Kanunu (Code civil) veya İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Medeni Kanun (ZGB), Bayern ve Oldenburg'da, Auvergne ve Normandiya'da ve Wallis ve Appenzel'de gelenek ve zihinsel yapılar çok farklı olmasına rağmen hukuku birleştirebilmiştir.⁴⁷

Hukuk sorularına küresel bakış için de aynı durum söz konusudur. Karşılaştırmalı hukuk kendi alanındaki yöntemsel sorunlarla her zaman meşgul olmak durumundadır. Genel kabullerin berraklaştırılması, bilinmesi ve böylelikle bakış açısının keskinleştirilmesi gereklidir.⁴⁸ Fonksiyonelci yöntem ile soruları minimize etme ve hata analizleri azaltılmaya çalışılmaktadır. Gerçekliğin hesaba katılması ile –uygulamadaki hukuk başlığı altında– sadece yerleşmiş kurallara (*black-letter doctrine*) odaklanıldığı eleştirisi ile karşı karşıya kalınmaktadır.⁴⁹ Fonksiyonelci metodun mekanik ve teknik bir perspektifi benimsediği⁵⁰ iddiası bu yöntemin doğasını yanlış değerlendirmektedir. Kuşkusuz, bütün bilgiler gibi karşılaştırmalı hukukun vardığı sonuçların kesinliği de ancak görelidir, zira karşılaştırmalı hukuk için kullandığımız ölçütler değer yargılarımızdan etkilenmektedir.⁵¹ Fakat fonksiyonelci yaklaşım kendi dogmatik ve kavramsal anlayışımızdan önemli ölçüde uzaklaşma imkânı sunar. Bu nedenle bu yaklaşım ötekilere tercih edilmelidir.⁵² Yöntemsel çoğulculuk bağlamında, örneğin istatistiksel yöntem⁵³ – önemli etkiler yaratabilir ve karşılaştırmalı hukukçunun bakışını genişletebilir.⁵⁴

Farklı hukuk sistemlerinin aynı sosyal problem karşısında sonuç olarak benzer bir biçimde tutum aldıkları kabulü⁵⁵ ise, her zaman

⁴⁷ *Kötz*, JZ 2002, 257, 263.

⁴⁸ *Frankenberg*, Harvard International L.J. 26 (1985), 441 u. 443; *Jung* (Dn. 11), S. 228.

⁴⁹ *Ewald*, University of Pennsylvania L.R. 143 (1995), 1889, 1982; *Legrand* (Dn. 8), S. 297. Bu eleştiriye karşı *krş.*, *Graziadei* (Dn. 44), S. 110 vd.; *Coninck* (Dn. 29), 336.

⁵⁰ *Legrand* (Dn. 8), S. 292.

⁵¹ *Koch* vd. (Dn. 11), S. 278.

⁵² *Ambos* (Dn. 9), S. 45.

⁵³ *Krş.* *Siems*, *RabelsZ* 72 (2008), 354 vd.

⁵⁴ *Dogru* biçimde, *Michaels* (Dn. 3) 114; *Legrand* (Dn. 8), S. 292; *Graziadei* (Dn. 44), S. 100 vd. Hukukun ekonomik analizi ile bağlantı için, *Kötz* (Dn. 47), 262.

⁵⁵ *Metzger*, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, 2009, S. 247; *Stuckenberg* (Dn. 11), S. 34; *Zweigert Kötz* (Dn. 11), S. 39; *krş.*, daha detaylı kaynakça için *Michaels* (Dn. 3), 104.

savunulamaz ve muhtemelen sadece birbirine kültürel olarak yakın hukuk sistemlerindeki münferit problemler için sınırlı olabilir. Bu kabul, fonksiyonelci yöntemin temeli⁵⁶ ve ön şartı değildir. Fonksiyonel yöntem karşılaştırmada sadece bir hukuk sisteminde aynı fonksiyon ve görevleri ele alır⁵⁷ ki birbirine benzer hukuk sistemlerinde benzer bir ihtiyacı karşıladıklarının öncelikle tespit edilmesi gerekir.⁵⁸ Bir çözümün benzer şekilde doğması ihtimali sonuç olabilir, fakat sonucun yöntemin kendisine karşı kullanılması güçtür.⁵⁹ Fonksiyon karşılaştırması ve çözümlerin karşılaştırılabilirliği bağımsız teorik kabuller olarak görülmeli ve birbirinden ayrı bir biçimde tartışılmalıdır.⁶⁰

4. Değer Hükümü Biçen Hukuki Karşılaştırmalar

Hukuk sistemlerindeki gelişmeleri karşılaştırırken basit bir yan yana getirme ancak kısmi bir fayda sağlar. Karşılaştırmalı hukuk sadece ampirik bilimle sınırlı değildir. Fonksiyonel teorinin aşılıp, *değer biçmeye* başlanması daha anlamlıdır. Burada somut bir problem için çözüm önerilerinin eleştirel bir biçimde değerlendirilmesi söz konusudur. Bu yaklaşım *Konrad Zweigert*'a kadar götürülebilir. *Zweigert*'a göre değer biçme karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının zorunlu bir parçasıdır.⁶¹ En azından şartlar ve amaç tasavvurları bakımından birbirine benzeyen hukuk sistemlerinde değer biçme, başka bir deyişle, daha iyi bir çözüme ulaşmak için değer biçme daha mümkün ve anlamlıdır. Çıkış düşüncesi/sorunsalı olarak herhangi bir sorun için *per se* doğru ve gerçek hukuk bulunamayacağı bir kez daha böylelikle parçalara bölünmektedir.⁶² Karşılaştırmalı hukuk bilgiye ulaşma yöntemi olarak benimsendiğinde kanun koyucuya amacına ulaşma yolları ve ⁶³ her halükarda alternatif yollar göstermelidir. Böylelikle bilimsel çalışmanın sınırları, hukuk politikası ile ilgili

⁵⁶ Aksi görüş, *Metzger* (Dn. 55), S. 246 vd., haksız biçimde *Zweigert/Kötz*'e dayanmakta. Yine aynı yönde, *Legrand* (Dn. 8), S. 261.

⁵⁷ *Zweigert/Kötz* (Dn. 11), S. 33.

⁵⁸ Bu nedenle totoloji de isabetli değildir, krş. *Gessner*, in: *Drobnig, U. vd. (ed.), Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin 1977, S. 123, 129.

⁵⁹ Krş. *Husa* (Dn. 22), 58 vd.

⁶⁰ Dogru biçimde, *Scheiwe* (Dn. 42), 35.

⁶¹ *Zweigert*, in: *Fabricius (ed.), FS Schmitthoff*, 1973, S. 403, 405 vd.

⁶² Bazıları bu boyutu ihmal etmekte ve soruyu yabancı çözümlerin ulusal hukuk sisteminde uygulanıp uygulanmayacağı noktasına indirgemek istemektedirler, *Haase/Tax* (Dn. 11), 237.

⁶³ *Koch*, (Dn. 11), S. 278.

değerlendirmeler yapılsa dahi, aşılmaz.⁶⁴ Bu yapılırken, değer hükümlerinin ölçütleri adalet, amaca uygunluk, etkinlik/verimlilik ve insan hakları gibi ölçütler bakımından bir kesinlik olmalıdır.⁶⁵ Düşünülebilen parametre ve yararlı olabilecek çözümlerin sayısı artar⁶⁶ ve böylelikle aranan, daha iyi olan çözümlere ulaşma şansı da benzer biçimde yükselir. Sonuç düşünce çeşitliliği⁶⁷ ve bu itibarla bilginin kazanılmasıdır. En azından edinilen sonuçlar iç hukuku kontrol etme/değerlendirme şansı yaratır⁶⁸ veya iç hukuktaki tartışmalarda kullanılır. Ne var ki eleştirmenler, bu yaklaşımın bilgiye ulaşma potansiyeline şüphe ile bakılması gerektiğini öğretmektedirler.⁶⁹

III. Karşılaştırmalı Hukuk ve İddia Pazarlığı

İddia pazarlığı fenomeni, sınırlı adli kaynaklarla talebi etkin ve muhakeme ekonomisine uygun bir çözüm bulma sorununa örnek gösterilebilir.⁷⁰ Burada Hâkim Burger'in de belirttiği gibi ceza adaleti sisteminin korunması söz konusudur⁷¹ ve bu noktaya gelinmesinde parasal ve zamana dönük kaygılar rol oynamıştır.⁷² Karşılaştırma parametresi bu itibarla farklı hukuk sistemlerinin kendi kaynaklarını nasıl optimize edeceği, ceza muhakemesini hızlandıracağı ve fonksiyonuna uygun bir hale getirileceği sorusudur. Böyle bir yaklaşım, Amerika Birleşik Devletleri'nde geliştirilen bir yöntemin iddia pazarlığı yoluyla Alman ceza hukuku için nesnel olarak bir uygun strateji olup olmadığı sorusunu öncelikle açık bırakır.

⁶⁴ Daha tereddütlü *Eser* (Dn. 12), S. 1522.

⁶⁵ Krş., daha detaylı kaynakça ile *Sieber* (Dn. 27), S. 121.

⁶⁶ *Weber*, JZ 2010, 157; *Kirchner* (Dn. 31).

⁶⁷ *Henry*, Kulturfremdes Recht erkennen, Helsinki 2004, S. 99, zikreden *Husa* (Dn. 22), 57.

⁶⁸ Krş. *Haase/Tax* (Dn. 11), 235.

⁶⁹ Krş. *Eser* (Dn. 12), S. 1499.

⁷⁰ Krş. *Feeley*, Justice System Journal 7 (1982), 338, 349 vd. Feeley iddia pazarlığının doğmasını profesyonelliğin ve ceza muhakemesinin giderek daha karmaşık bir hal alması ile bağlantılandırmaktadır.

⁷¹ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), 260. İddia pazarlığı ile sona erdirilen yargılamalarda yüzde on azalma, adalet teşkilatına ayrılan kadrolarda azalma ve "hakimlerin, mahkeme raportörlerinin, mübaşirlerin, katiplerin, jüri üyelerinin ve mahkeme salonlarının" sayısının ikiye katlanması anlamına gelmektedir. Zikreden ve aynı doğrultuda, *LaFave/Israel*, Criminal Procedure², St. Paul 1992, S. 899.

⁷² *Boll*, Plea Bargaining and Agreement in the Criminal Process, 2009, S. 56. Krş. *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 279.

Karşılaştırmalı hukuk daima hata yapma tehlikesini barındırır. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının temel problemine dönülebilir: Bu durum *Rabel* tarafından somut şekilde şöyle formüle edilmiştir: “Karşılaştırmalı hukukçular yabancı çalılıklara girip, orada her çalının altında kendi okları ile yerlisini gizlenmiş biçimde bulur.”⁷³ Bazılarına göre bu oklar ortadan kalkmıştır; zira Anglo-Amerikan hukuku sadece bu hukukun tarihi temellerinden anlaşılabilir.

Bu bakış açısından değerlendirildiğinde iddia pazarlığının Anglo-Amerikan muhakeme sistemine uygun olduğu düşüncesinin yaygın olması gerekirdi.⁷⁴ Bu düşüncenin tam aksi hâlihazırdaki durumu yansıtmaktadır! 1960’lı yıllara kadar iddia pazarlığı, kanunilik ilkesinin yanında marjinal bir konuma sahipti.⁷⁵ Pazarlıklar resmi olmayan bir biçimde yapılırken, varlıkları tamamen görünmez kalmıştı,⁷⁶ ancak bu tarihlerden sonra yaygın olarak tartışılmaya başlandı.⁷⁷ İlk olarak 1970’de iddia pazarlığı Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.⁷⁸ İddia pazarlığı bir yıl sonra ceza adalet sisteminin önemli bir unsur olarak görülmüştür, zira iddia pazarlığının “para ve ceza adalet sisteminin kaynaklarının tasarrufunu sağlarken bir yandan da toplumu koruduğu” düşüncesi yaygınlaşmıştır.⁷⁹ Dolayısıyla daha önceden Amerika Birleşik Devletleri’ndeki “olağan fısıldamalar” gereksizleşmiştir. 1975 yılında küçük bir muhakeme yönetmeliği iddia pazarlığının Ceza Muhakemesi Federal Kurallarına girişini sağlamıştır.

Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukukunda iddia pazarlığı tartışmalı konumunu bugüne kadar sürdürmektedir.⁸⁰ İddia

⁷³ *Rabel*, *RabelsZ* 16 (1951), 340.

⁷⁴ *Schünemann*, B., in: Hanack (ed.), *FS Rieß*, 2002, S. 525, 527; *Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die „Bananenrepublik“*, Regensburg 2005, S. 10 vd. Yine bu doğrultuda, *Trüg*, *ZIS* 2010, 159, 160.

⁷⁵ *Weigend*, *ZStW* 94 (1982), 200, 205; *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, 1990, S. 70.

⁷⁶ *Fisher*, *Plea Bargaining’s Triumph*, Stanford 2003, S. 8 ff.; *Dielmann*, *GA* 1981, 558, 562. Benzeri Australya ve İngiltere için geçerlidir. *Boll* (Dn. 72), S. 33 vd.

⁷⁷ *Kobor*, *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany*, 2008, S. 47.

⁷⁸ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

⁷⁹ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971); karşı. *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63 (1977).

⁸⁰ Karşı. *Damaska*, *StV* 1988, 398, 400; *Schwander*, *SJZ* 103 (2007), 142, 143 f.; *Schünemann*, *Absprachen im Strafverfahren? Gutachten B zum 58. DJT*, 1990, S. B 150 vd. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. *Weigend* (Dn. 75), S. 55 vd. ve *Dielmann* (Dn. 77), 568 vd.

pazarlığında temel bir ajan sorunu bulunmaktadır; müdafî kısaltılmış muhakeme bakımından menfaati bulunmaktadır.⁸¹ Yine, Amerikan savcısı iddiaları bakımdan sanık üzerinde baskı uygulamak konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptir. İddia pazarlığı görüşmelerinde savcı örneğin ölüm cezasını bir tehdit olarak kullanmaktadır.⁸² Yine şüpheli veya sanığı „enemy combatant“ (düşman çarpışan, ç.n.) olarak nitelendirip Guantánamo’ya nakli de yine zaman zaman gündeme gelmektedir.⁸³ Bazı olaylarda sanık ve şüphelinin hiç işlemediği *Vergehen* nevinden suçları (Alman Ceza Kanunu’na göre bir yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlar, ç.n.) itiraf etmesi ile sonuçlanabilir.⁸⁴

Her ne kadar tam anlamıyla bir iktibas söz konusu olmasa da, Almanya’da geçtiğimiz 25 yıl içinde benzer bir gelişme söz konusudur. Tartışma aynı biçimde yürümektedir.

Karşılaştırmalı hukukta muhakeme kanunlarının nesnel sorun karşısında hızlı ve kaynaklardan tasarrufu sağlayacak anlaşmaya dayalı muhakeme çözümleri geliştirmeye yöneldikleri görülmektedir. Bu bakımdan Alman ve Amerikan muhakeme modelleri farklılık göstermektedir. Anglo-Amerikan sistemi, fonksiyonel ihtiyacın çözümü olarak iddia pazarlığını geliştirmiştir. Başka bir anlatımla, sorunun çözümü Amerikan muhakeme hukukundan gelen ve sisteme esasen içkin olan⁸⁵ bir mekanizma ile değil, sisteme daha sonra monte edilmiş iddia pazarlığının geliştirilmesi ile sağlanabilmiştir.

Bu, iddia pazarlığı ile bulunan çözümün Alman muhakeme hukuku bakımından verimli olup olmayacağı sorusunu gündeme getirir. Zira iddia pazarlığının Alman hukuku ile uyumsuz olduğu iddiasının, Anglo-Amerikan taraf muhakemesinin eski bir unsuru olduğu saptaması ve bu itibarla bu muhakeme biçiminin Alman hukuku ile uygun olmadığı iddiası ile temellendirilmesi anlamlı değildir.⁸⁶ Bu

⁸¹ *Schulhofer*, Yale L.J. 101 (1992), 1979, 1988.

⁸² *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970); *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, 357.

⁸³ *Meyer*, HRRS 2006, 178, 183.

⁸⁴ *Ashworth*, *The criminal process*, Oxford 1998, S. 196, *Bibas*, 117 Harvard L.R. (2004), 2463, 2495.

⁸⁵ Fakat bkz., *Langer*, 45 Harvard International L.J. (2004), 1, 36; *Trüg*, (Dn. 74), 160. Doğru biçimde *Ransiek*, ZIS 2008, 116 f.

⁸⁶ *Schünemann*, ZRP 2009, 104, 106; *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, 439, 440; *Trüg* (Dn. 74), 162; (Dn. 82), 369.

değerlendirmede bulunan kişi karşılaştırmalı hukukta yöntem tartışmasının gerisinde kalmakta ve kendi dogmatik gözlüğü ile – engizisyona esasına dayanan gözlüğü- ile yaklaşmaktadır. Bu yaklaşım ”iddia pazarlığının muhakeme sürecini kısaltma yolu olarak Alman ceza muhakeme sistemine nakledilemeyeceği” yönündeki değerlendirmelere neden olmaktadır.⁸⁷ Buna karşın, fonksiyonel olarak iddia pazarlığının Amerikan muhakeme sisteminin özünde bulunmadığını kabul etmek durumundadır. İddia pazarlığı dogmatik olarak Anglo-Amerikan sisteminde kabul edilmiş değildir,⁸⁸ aksine Anglo-Amerikan sistemine ancak efektif muhakeme biçimi zorunluluğunun doğmasından sonra sisteme kabul edilmiştir.

Sonuç

Almanya’da iddia pazarlığının niçin geçerli olduğunu detaylı olarak burada ayrıca değinmeyeceğiz, kanun koyucunun kararından önce de iddia pazarlığı uygulaması Almanya’da başlamış idi, Alman muhakeme hukukunda birbirleriyle çelişen ilkelerin tartılması gerekmektedir. Bu konuyu başka bir çalışmada ayrıntılı olarak ele aldık.⁸⁹

Karşılaştırmalı hukuk açısından anlaşmaya dayalı çözümlerin zorunluluğu evrensel bir fenomene ve küresel bir eğilime işaret etmektedir.⁹⁰ Az sayıda örneği burada anmakla yetinebiliriz:

İtalya’da *patteggiamento*, iddia pazarlığının kulağa hoş gelen bir benzeridir.⁹¹ Fransa’da Ekim 2004’de Perpen kanunu ile İtalyan modeline benzeyen *plaider coupable* yürürlüğe girmiştir.⁹² İsviçre’de yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda iddia pazarlığını hızlandırılmış muhakeme çerçevesinde gündeme getirilmiştir, burada da verimlilik/etkinlik kaygıları yeni düzenleme bakımından

⁸⁷ Dielmann (Dn. 77), 571.

⁸⁸ Dielmann (Dn. 77), 561; Ransiek, ZIS 2008, 116, 117. Fakat bkz. Trüg (Dn. 82), 349.

⁸⁹ Rosenau, Criminal Law Journal (Tokyo) 24 (2010), S. 41 vd.

⁹⁰ Hörnle, ZStW 117 (2005), 801, 829 vd.; Kreß, ZStW 116 (2004), 172 vd.; krş. Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 169 vd.

⁹¹ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu 444 madde., bkz. Budde, ZStW 102 (1990), 198, 210 f.; aynı konuda Amodio ZStW 102 (1990), 171, 186; Maiwald, JZ 1989, 874, 876 vd.; Marx/Grilli, GA 1990, 495, 504.

⁹² Krş. Jung/Nitschmann, ZStW 116 (2004), 785 vd.

gözetilmiştir.⁹³ Yukarıda anılan *Corpus Iuris'de* de bir Avrupa ceza muhakemesi hukuku için anlaşmaya dayalı muhakeme biçimleri tavsiye edilmiştir.⁹⁴ Eski Yugoslavya ile ilgili Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 62. maddesinde de pazarlık yöntemine kısmen yer verilmiştir.⁹⁵

Dünya çapında ceza muhakemesi kanunlarında anlaşmaya dayalı sonuçlar zorunlu bir ilave olarak kabul edilmiştir. İddia pazarlığı ile Alman ceza muhakemesinin taşra zihniyetine (*Provinzialität*),⁹⁶ geri döndüğü tespiti dolayısıyla hatalı bir değerlendirmenin sonucudur.

Karşılaştırmalı hukuk çalışmak ve karşılaştırmalı hukukun yöntemini göz ardı etmemek bizi bu tarz hatalı değerlendirmeler yapmaktan korur. Bu bakımdan karşılaştırmalı hukuk, ceza hukuku da dâhil her hukukunun yöntem katalogunda bulunmalıdır.

⁹³ Md. 358 ve devamı; *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 193 vd.; *Schwander* (Dn. 80), 142.

⁹⁴ § 22 Paragraf. 2 b). Almanca versiyonu Tony Walter tarafından sağlanmıştır ve şu adresten ulaşılabilir: www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/rosenau/medienverzeichnis/Forschung/corpus_iuris_deutsch.pdf

⁹⁵ Krş. *Bulaty*, ZStrR 126 (2008), 214 vd.; *Hammer*, Regelungsentwurf für ein Abspracheverfahren am Internationalen Strafgerichtshof, 2009, S. 177 vd.; mağdurun kabul sorunu ışığında çekinceler için bkz., 238 vd. ve *Kreß* (Dn. 90), 174 vd.

⁹⁶ *Schünemann* (Dn. 86), 105.