

Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri

Hilmi Şeker*

Giriş:

A.İ.H.S. insan haklarının korunmasını ve gelişimini amaçlayan düzenekte adil ve güvenli yargılanma hakkına ayrıca ve açıkça yer vermek suretiyle, maddi ya da hukuki hakikate varmada şekli adaletin değeri ve buna olan gereksinimini normatif düzenleme ile somutlaştırmıştır. “görünen adaleti” sağlamayı amaçlayan bu düzenleme kendi içinde gerek açık, gerekse örtülü birden ziyade ilkeyi barındırmaktadır.

Gerekçeli karar hakkı ise yargılama sürecinde “olup bitenler” hakkında bilgi edinilmesini misyon edinmiş, varlığını içtihatlarla borçlu, 6. maddedeki haklar senfonisinin önemli ve örtülü enstrümanlarından. Anılan bu niteliği ile sözleşme uygulamasında bir yargılama yöntemi ilkesi olarak da adlandırılabilir.

Gerekçeli Karar hakkının bir yargılama yöntemi ilkesi olarak kullanılması, benimsenip, yerleşmesi ancak bu hakkın tanımlanması, içeriği ile uygulamadaki görünüm biçimlerinin yani kimlik bilgileri ile özgeçmişinin mikolojik bir analize tabi tutularak belirlenmesi ile olanaklıdır.

Gerekçe kavramı: tarih sahnesine ilk olarak insanoglunun kendini ve dış dünyadaki olup biteni sorguladığı dönemlerde çıkar ve kendi kusuru ile düştüğü kısıtlılık durumundan kurtulmak için uğraş verdiği [1] aydınlanma döneminde de önem kazanmaya başlar. Günümüzde davaların mahkeme salonunun dört duvarı arasında kalmadığı, dünyanın gözü ve kulakları önünde yer

aldığı ve gelecekteki etkileri düşünüldüğünde, gerekçenin insan haklarının korunmasında uluslararası bir cazibenin odağında bulunma özelliğini giderek güçlendireceğe benziyor.

Hukukun üstünlüğünü savunan akımların giderek Kara Avrupası'nı da etkisine alması sonucunda; devletin hukukun içine çekilme ve etkinliğinin hukuk ile sınırlandırılmasına ilişkin düşünsel çabalar hukuk devletinde karşılık bulmuştur. Hukuk devleti ve ona ruh veren ilkeler bu düşünsel potada giderek şekillenmiş anayasacılık hareketlerinin başlaması ile de normatif alanda vücut bulmaya başlamışlardır. (İngiliz, Amerikan Haklar Bildirgesi ile Fransız Haklar Bildirisi gibi)

İnsanın kamusal alanda 'değer' haline gelmesi, bu değere yönelik ihlallerin yaptırma dönüştürülmesi, hak arama özgürlüğünün tanınması ile birlikte 'yargısal korunmanın' sistemin özüne yerleştirilmesi, korumanın tam ve güvenli işleyebilmesi için yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine ilişkin önlemlerin alınması, mahkeme kararlarının bağlayıcılığının sağlanması [2], yargıcın tarafsızlığı ve nesnelliği, bir dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması, yargılama usulüne bağlılık yargıcın temellendirme ve gerekçe görevi [3] bu dönemde ve hukuk devletinde yaşam bulmuşlardır.

Kurgulanan bu düzenekte yargıç, son sözün söylenmesi ve hukukun ne olduğunun dile getirilmesi [4] gibi olağanüstü bir misyonun taşıyıcısı olup, edimini yerine getirebilecek nicelik ve nitelikte yargısal araçlarla da donatılmıştır. Hukukun adalete dönüştürülmesinde; yargıç bağımsızlığı

* Yargıç, İstanbul.

ile güvencesi, dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması ile teyellendirme ve gerekçe görevinin başatlığına vurgu yapılarak, adli kararda hukuk devletinin gereği ve adalet arayışının karşılığı olarak [5] doğru, yasal ve haklı bir kanıtlama ve gerekçelendirme zorunlu görülmüştür.

Gerek hukukun üstünlüğü ereğine ulaşma gerekse hukuk devletinin kurumsallaşmasına yönelik çabalar en çok insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında somutlaşarak, gelinen noktada tek tek ulusların sorunu olmaktan çıkıp, uluslar arası alemin ortak uğraşı ve beklentisi haline almıştır. A.İ.H.S. de insan haklarının uluslararası korunmasına yönelik anlayış ve çabaların ortak bir görünüm biçimlerindedir.

Bu bağlamda; gerek Strazburg gerekse Türk Yargısının bu ilkeye yönelik ilgisi bu gelişmelere bağlı olarak giderek artma eğilimi göstermektedir. Bu eğilimin oluşumunda insan hakları alanındaki sürekli gelişmeler, bunun normatif yansımaları, adil ve güvenli yargılanma gereksinimi ile sözleşmenin barışçıl ve zorlayıcı konseptinden söz edebiliriz. [6] Bu nedenledir ki AIHM de bu gereksinimi gidermede kendine düşeni yaparak, içtihatları aracılığı ile gerekçeli karar alma hakkına egemen ilkeleri belirlemede ve geliştirmektedir. Bununla bir yandan yargılama sürecinde yargıç ile yanların bütün eylem, işlem ve davranışlarına açıklığı, doğruluğu, yasallığı egemen kılmak öte yandan da olası keyfiliği denetime tabi tutarak, görünen adalete katkıda bulunmak istemektedir.

Buraya değin anlatılanlarla gerekçeli karar hakkının bu sunuma neden konu yapıldığını özetlemeye çalıştım. Bundan sonraki bölümlerde ise gerekçeli karar hakkının tanımı, içeriği ile pozitif hukuktaki düzenleniş şekli ile uygulamadaki sapma biçimleri irdelenecektir. Gerekçenin öğretilde algılanma ve tanımlanma şekli ile yargı kararlarındaki görünüm biçimleri ele alındıktan sonra, Strazburg Yargı Organının konuya bakış açısı ile bu kararların alınmasında etkili prensiplerine değinilerek, çalışma öneri ve katkılarla sonlandırılacaktır.

Birinci Kısım

I- Gerekçenin yürürlükteki hukukta görünüm biçimleri

Gerekçe en geniş anlamı ile yargı mercilerinin yargısal etkinliklerine konu eylem, işlem ve kararlarının doğru, haklı, yasal, makul (akla mantığa), vicdana uygun ve denetlenmesine olanak verecek şekilde temellendirilmesi olarak tanımlanabilir.

Gerekçelendirme ödevi normlar hiyerarşisinin tüm kademelerinde özelde yargıçlara genelde de iddia makamı ile diğer süljelere verilmiştir. Pozitif hukukumuzda gerekçenin öncelikle üst norm konumundaki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141/3 maddesinde düzenlendiği, bu emredici buyruğun diğer yargılama yöntemine ilişkin yasalarda da detaylandırıldığı anlaşılmaktadır.

Buradan hareketle ifade edilebilir ki Anayasa'mız bazı anayasalardan farklı olarak yargı kararlarının gerekçeli olmasını ilke edinmekle birlikte bazı istisnai durumlarda da gerekçe zorunluluğu aramamaktadır. Söz konusu bu ayrık hallere yasa hükümleri ve yargısal kararlar kaynaklık yapmaktadırlar.

A) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Gerekçe

A.İ.H.S. A.Y.'nin 90. maddesindeki yasalama prosedürünü tamamlamakla artık iç hukuktaki yerini almıştır. Sözleşme normlarının anayasa ile hiyerarşi ilişkisi konusunda öğretilde fikir birliği olmamasına rağmen [7], sözleşme normlarının uygulanması önünde kural olarak herhangi bir engelin kalmadığı tartışmasızdır. Anayasanın eksenini oluşturan insan haklarına saygı ilkesi A.İ.H.S. ile birlikte bütün uluslararası insan hakları normlarına anayasal değer atfetmektedir. Buradan hareketle gelinen noktada, Sözleşme'nin ulusal hukuk kurallarına üstün olduğu ve yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerektiğinin [8] bilinmesidir.

A.İ.H.S gerek insan haklarının sürekli ve kalıcı olmasının olanaklarını arama aynı zamanda da giderek farklılaşan ihlallerin ortadan kaldırılmasına yönelik önlemleri geliştirmeyi hedeflemekle "yaşayan bir belge" konumundadır. Mahkeme Sözleşme'nin hedeflediği bu amacı önemli ölçüde, bakmakta olduğu davada sözleşme normlarını

ve uyuşmazlık konusunu yorumlayarak gerçekleştirmektedir. Mahkeme böylelikle erekbilimsel ve evrimci yorum yöntemi kullanarak, sözleşmenin toplumsal değişime uyarlamasını pretoryen bir biçimde gerçekleştirmektedir. Bu geleceğe yönelik içtihat divanı, yürürlükteki hukuku beyan etmekle değil, fakat yarının hukukunu yaratmakla yükümlü bir yasa koyucuya yakınlaşmaktadır. Mahkeme kısaca Sözleşme’de yer alan hakların sadece savunulmasını değil onların geliştirilmesini de sağlamayı anlamakta, bunun içinde dinamik yorum yöntemini uygulamaktadır. [9]

Mahkeme güvence altına alınan hakları, devletlerin genel uygulamasına sık sık başvurarak yorumlar ve tanımlamakla birlikte “özerk kavramlar” anlayışını da geliştirmiştir. Bu kavramlar, davalı devletin iç hukukuna basit bir başvuru ile yorumlanamazlar; bütün üye devletler için geçerli bir “Avrupa anlamına “sahiptirler. Bununla Mahkeme Jürisprüdansını Avrupalılaştırmak ve bir hak ve özgürlükler “Avrupa Yargı düzeni” kurmak amacına yönelmekte bununla da tutarlılığını ve gücünü pekiştirmek istemektedir. Böylelikle Mahkeme, kullandığı yorum yöntemleri ve hukukun genel ilkeleri ile ortak bir Avrupa koruma standardı yaratmaktadır. [10]

Sözleşme’nin başlangıç kısmında yer alan demokratik bir toplumda “Hukukun üstünlüğünü” sağlama erekselliği, Mahkemeye göre “sözleşmeyi bir bütün olarak esinler”. Hukukun üstünlüğü ilkesi öncelikle ‘hukuk hakkının ’güvence altına alınmasını gerektirir. Hukuksal güvenlik, iç hukuk kuralının ulaşılabilir olması, açık olması ve öngörülebilir olmasını ifade eder. Sonra özgürlük ve güvenlik hakkı, hukukun üstünlüğü ile başatır. Nihayet hukukun üstünlüğü, yargıca ulaşabilme ve Avrupa hukuku anlamında “adil yargılanma hakkını” kapsar. [11]

Adil yargılanma hakkı sözleşme konsepti içinde genelde saptanan bu anlayıştan özeldir de iki önemli esastan hareketle düzenlenmiştir. Bunlardan ilki evvelce ifade edildiği üzere şekli adaletin oluşum sürecine açıklığı egemen kılmak ikincisi ise hükmün hedeflediği adalet duygusuna rasyonel bir şekilde ulaşmaktır. Bu iki hedefin bileşkesi ise yargılamada hakkın içeriksizleştirilmesine hizmet eden etkinlikleri denetleyerek usule iliş-

kin koruma sağlamak yani usulü adalete dönüştürmektir. Gerekçeli karar hakkı da enstrüman kimliği ile aynı misyonun temsilciliğini üstlenerek, toplumun kendi varlığına yönelmiş evlatlarının adil ve rasyonel bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Gerekçeli karar alma hakkı; Sözleşme’nin 6/1 maddesinde açıkça yer almamakla birlikte bu madde metninin yorumu ile edinilmiş, örtülü ancak mutlak olmayan ve gerek yargı organının gerekse yargılama konusunun özelliğine göre istisnalara maruz kalabilecek haklardandır. Başka bir ifade ile Strazburg yargı kararları hem gerekçeli karar hakkına kaynaklık yapmakta hem de bu hakkın niteliğini, kapsamını ve hatta etkinliğini sağlamada belirleyici bir işlev üstlenmektedir.

Bu kimliğinden ötürü Strazburg yargısının gerekçeye ilişkin kararları bu sunumun konusunu oluşturmuştur. Bununla Strazburg Mahkemesinin gerekçeye ilişkin değerlendirmeleri ölçü alınarak, hangi uygulamaların gerekçeli karar hakkının ihlali anlamına geleceği hangilerinin ise ihlal olarak nitelendirilmeyeceği saptanacaktır. Böylelikle Avrupa Mahkemesi ile ulusal yargı organları arasında gerçek bir diyalog, belirlenen bu ortak ilke ve ölçütlerin kullanımı ile sağlanmış olacaktır. [12]

Ancak bu diyalog kurulurken, içtihatların bire bir alınıp uygulanması yerine bunların temelindeki ilke ve ereğin esas alınarak çıkarımlarda bulunulması yargıcın bir “içtihat otomatu” [13] olmasını da önleyecektir. Aksi olasılıkta yargıcın norm ve olayı değerlendirme alanındaki hakimiyeti içtihatların lafzı ile sınırlandırılmış olunacaktır. Belirtilen bu anlama ve anlamlandırma etkinliğinde başarı; felsefe, sosyoloji ve yorum öğretisi hakkında asgari birikimini zorunlu kılar. Böylelikle yargıçlar içtihat hukukunda zikredilen kavram ve kurumların “Avrupa anlamlarının” saptanmasında, felsefi ve sosyolojik argümanların destek ve katkıları da sağlanmış olacaktır. Olanaklar ölçüsünde saptayabildiğimiz kadarı ile gerekçeli karar ilkesinin öncelikle (a fortiori) ceza hukuku alanında uygulanacağı dolayısıyla gerekçeli karar hakkının sadece sanıklar için bir güvence olmadığı aynı zamanda hukuk davalarında da geçerli bir ilke olduğu vurgulanarak, iç hukuktaki uygulama sınırları da belirlenmiştir. [14]

Avrupa pratiğinde; gerekçeli kararın niteliğine ilişkin içtihatlar da giderek bir artma eğilimine rastlanmakla birlikte, bu portföyün öğretiyeye oranla çeşitlilikten ve gerekçenin işlevini açıklamaktan uzak olduğu, bunun da mahkemeye intikal eden ihlallerin niteliği açıklanabileceğini söyleyebiliriz. Söz konusu bu içtihatların küçük farklılıklar bir yana içerik itibarı ile Türk hukuk sistemi ve öğretideki gerekçeli karar kavramı ile büyük ölçüde örtüştüğü de dikkate değerdir.

Bu sav, Strazburg Mahkemesi İçtihatlarının gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil eden ve etmeyen (ihlale neden olan ve olmayan) durumlar şeklinde ikili bir ayırımı tabi tutularak irdelenmesi ile temellendirilmiş olunacaktır. Söz konusu bu belirlemelere kaynaklık edenler ise Van De Hurk/Hollanda, Ruiz Torija/İspanya, Hiro Balani/İspanya, Georgiadis/Yunanistan, De Moor/Belçika davalarındaki temel içtihatlardır. Buna göre;

1. Strazburg Yargısının gerekçeli karar alma hakkına aykırılık teşkil etmeyen durumlara ilişkin Prensipleri:

Mahkeme yargı kararlarının gerekçeli olmasını kural edinerek ve bu kuralın kapsamının, kararın niteliğine ve her olayın özelliğine göre değişiklik gösterebileceğini ortak bir ölçüt olarak belirlemiştir.[15] Başka bir deyişle Avrupa mahkemesi rehberlik etmek amacıyla bu davalarda gerekçelendirme zorunluluğunun sınırlarının hükmün doğasına, ülkelerin kanun yapıları, örf ve adetleri, meşruluk algılamaları ve değer yargıları bağlı olarak değişkenlik arz edebileceğini kabul etmektedir.[16]

Ancak gerekçeli karar verme zorunluluğuna ilişkin bu ilkenin, sözleşme organlarının bir temyiz mercii gibi hareket etmekten kaçınmaları nedeniyle, çok etkin olarak denetlendiği söylenemez. Bununla birlikte 6. madde bağlamında kararların uygun ve yeterli gerekçelerle desteklenmesi gerekliliği, yalnızca koruma altındaki bir hakka müdahalenin gerçekleşmesi ile sahneye çıkmaktadır.[17] Mahkeme genellikle açık bir keyfilik görüntüsü olduğu veya açıkça ya da makul bir biçimde gerekçe gösterilmediği durumlarda, gerekçenin niteliğini tartışmaktadır[18].

Mahkeme bazı ayırık hallerde gerekçe gösteril-

memesinin hakkın ihlaline neden olmayacağını da saptamıştır. Hangi durumların hakkın ihlali olarak nitelendirilmeyeceği (istisnalar) bu bölümün inceleme konusu olacaktır.

a) İç Hukukta Mahkemelerin tüm sorulara ayrıntılı cevap vermek zorunda olmadıkları:

A.İ.H. Mahkemesi bakmakta olduğu bir uyuşmazlıkta milli mahkemelerin yargılama aşamasında tüm sorulara ayrıntılı cevap vermekle ödevli olmadıklarını içtihat etmektedir.[19] Başka bir anlatımla, mahkemeler sadece davanın sonucuna etkili olay olgu ve argümanları açıklamakla yükümlü olmakla birlikte, bu şekildeki gerekçelendirmenin gereksiz ve yersiz detaylandırmadan uzak, ancak üstün tutulan ya da tutulmayan sav/savunmanın içeriği hakkında bilgilenmeyi sağlayacak ölçü ve özenlilikte olmalıdır.

b) Mahkemelerin karar verilmesine neden olan temelleri kararlarında yeteri açıklıkta ve ayrıca belirtmekle yükümlü oldukları:

Ancak her ne kadar mahkemelerin, tüm soruların soruları ayrıntılı olarak cevaplama zorunlulukları yoksa da bu gerekçelendirmeye özgürlüğünün mutlak olduğu söylenemez. Mahkemelerin her şeye rağmen kararın verilmesine neden olan temelleri yeteri açıklıkta ve ayrıca belirtmekle yükümlüdürler.[20] Bu ilke ile amaçlanan; hükmün asgari ölçülerde temellendirilmesi ile birlikte keyfiligi ve perdelemeyi önleyerek, yansızlığı yargısal korunmanın hizmetine sunmaktır. Ancak uygulamada mahkemelerin; çeşitli nedenlerle gerekçe göstermekten kaçındıkları ya da yetersiz gerekçelere dayalı (doğru, makul ve yasal olmayan) kararlar vererek yönetime aykırı bir pratik sergilediklerine sıkça tesadüf etmekteyiz. Sebep ne olursa olsun yargıçların hukuk devleti ve yargısal korunmanın olmazsa olmaz koşullarından olduğu açıklamadan ayırık bu ilkenin, uygulama sorumluluğunu sonuna kadar üstlenerek, gerekçelendirme ödevini yerine getirmede son derece özenli davranmalıdır. Bu sorumluluk anlayışında meydana gelecek bir istenç zayıflığı yargıçların kişiliğinde hukuka ve onun pratiğine olan güvenin sarsılmasına yol açacağı unutulmamalıdır.

Mahkeme Hiro Balani/İspanya örneğinde de yukarıda açıklanan görüşünü destekler nitelikte ha-

reket ederek, yargı organının kararında ancak sonuca etkili hususlara değinmek zorunluluğunda olduğunu prensip edinmektedir.[21]

Bu iki karar bizi şu sonuca götürmektedir: Eğer iç hukuktaki dava sırasında açık ve somut bir biçimde illeri sürülen bir iddia davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bir iddia ise davayla doğrudan ilgilidir ve milli mahkeme tarafından gerekçe gösterilerek değerlendirilmelidir. Söz konusu iddiaya ilişkin 'ayrı ve açık' bir değerlendirmenin kararın gerekçesinde yer almaması adil yargılanma hakkı açısından ihlale neden olabilmektedir.[22]

Başka bir anlatımla, mahkemelerin, yargılama sürecine yansıtılan her talebi gözetme zorunda olmadıkları biçimindeki serbesti, kararın verilmesine neden olan temellere asgari açıklıkla değinilmesi ödevini de ortadan kaldıracak şekilde kullanılamaz.

Nitekim Yargıtay da çoğu içtihatlarında hükmün esasına etkili olabilecek taleplerin kararda cevapsız bırakılmasını bozmaya konu yaparak Strazburg yargısı ile bu anlayışı paylaşmakla [23] birlikte bazen de gerekçeli kararda öne sürülen savsavunma ve taleplerinin hangilerinin diğerine üstün tutulduğunun ya da taleplerin hangi nedenlerle kabul ya da ret edildiğinin açıklanması gereğine işaret ederek asgari gerekçelendirmeyi ilke edinmektedir.

c) Jürili yargılamada verilen kararın gerekçeli olmayışının ihlal sayılmayacağı:

Ceza davalarında Jüriler nadiren gerekçeli karar verirler ancak bunun adil olma konusuyla uyumlu olup olmadığına birkaç davada değinilmiştir. Jürinin bir ceza davasında vardığı kararı gerekçelendirmediği bir Avusturya davasında Komisyon; Jürili yargılamada verilen kararların gerekçesiz oluşunun, ihlal sayılmayacağını belirlemiştir.[24] Komisyon Avusturya'ya karşı açılan bu davada jüriye yanıtlamaları için ayrıntılı sorular yöneltildiği, bu şekildeki berraklığın gerekçelendirme eksikliğini kapatabileceğini, buna rağmen başvurunun yargıcın jüriyi yanlış yönlendirdiğini öne sürerek kararını iptale konu yapabilme olanağına sahip olduğunu ve zaten bu olanaktan da yararlanıldığından bahisle, bir adaletsizliğin ol-

madığını kararlaştırmıştır.

d)Temyiz merciince verilen kararların gerekçeli olmayışının ihlal sayılmayacağı:

Komisyon temyiz hakkının sözleşme güvence altına alınmadığı düşüncesi ile temyiz merciince verilen kararların gerekçeli olmayışını ihlal kabul etmemekte [25] üst mahkemenin sadece ilgili yasa maddesine gönderme yapmasını ihlali önleme bakımından yeterli görmektedir. Komisyona göre; iç hukuk yetkili bir mahkemenin kararının temyiz edilmesini kabul etmekte ise, ister temyiz çok önemli bir hukuki konuyu ortaya çıkarsın ve isterse bunun başarılı olma şansı olmasın üst derece mahkemelerinin sadece ilgili maddeye gönderme yapması yeterli bulunmaktadır[26].

Komisyon bir arabaya takılmış vergi levhasıyla ilgili nispeten önemsiz bir uyuşmazlıkla ilgili bir davada; gerek kanunlarda gerekse karar metninde para cezasına neden hükmedildiğinin belirlenememesine rağmen (anlaşılacak mümkün olmadığı halde) para cezasının uygulanmasında, Cour de Cassation'un gerekçe göstermeksizin temyiz başvurusunu reddetmiş olmasında bir ihlal görmemiştir. Komisyon temyiz başvurusunun açıkça kötü niyetli ve Cour de Cassation'un bunu tepeden tırnağa ve fazlası ile gerekçelendirdikten sonra reddetmiş olmasını yeterli bulunmuştur. [27] Benzer bir uygulamanın Yargıtay tarafından da benimsendiğini görüyoruz, Yargıtay ilk derece mahkemelerin verdiği kararların onayında, uyuşmazlığın özelliğine uygun spesifik ve somut gerekçelendirme yerine şablon gerekçe metinleri kullanmayı yeğlemekte ancak aynı yöntemi bozma kararlarında uygulamaktan kaçınmaktadır.[28]

Görülüyor ki Strazburg Mahkemesi adil, güvenli ve rasyonel bir yargılama için gerekçeli karar alma hakkını gerekli ve zorunlu bir hak olarak kabul etmekle birlikte, bunu insan haklarını koruma önlemlerinin odağına koyacak kadar önemsemektedir. Dolayısı ile yargıçlar koşullar ne olursa olsun, yargısal güvencenin en önemli ilkelere biri olarak yurttışa hukukunun somut açıklamasını mutlaka yapmalıdırlar[29].

2. Strazburg Yargısının gerekçeli karar alma hakkına aykırılık teşkil eden durumlara ilişkin prensipleri:

Strazburg yargısının sözleşmenin ihlaline ilişkin belirlemelerinin gerek nitelik gerekse nicelik bakımından zenginlik gösterdiğini ifade edebiliriz. Ancak konunun iyi bir şekilde anlaşılabilmesini sağlamak için benzer kararların tümüne değinmek yerine, temel içtihatlarla değinmenin isabetli olacağını düşünmekteyim.

Avrupa mahkemesi; gerekçe göstermek zorunda olmakla birlikte bir mahkemenin, ortaya atılan bütün sorulara cevap vermesinin gerekli olmadığını ve argümanların yeterince açık olup olmadığına karar vermenin de kendi işi olmadığına inanmaktadır.[30]

a) Gerekçe gösterilmemesi:

Mahkeme Belçika ve Finlandiya aleyhine açılan bir davalarda gerekçenin olmayışını usule ilişkin güvenlik önlemlerinin bir özelliği olarak ele almıştır. Bakılmakta olan bu davalarda baronun uygulamış olduğu prosedür, 6. madde uygulaması kriter alınarak iki açıdan eleştiriye tabi tutulmuştur.[31] Eleştirilerden ilki baroya alınmayı düzenleyen istisnai koşulların anlamı ile ilgili bir kesinliğin olmaması, ikincisi ise somut olayı düzenlememekle birlikte düzenlendiği varsayılan bu norma somut olayın neden uymadığının açıklanmadan başvurunun ret edilmiş olunması bir hak ihlali olarak değerlendirilmiştir.[32]

Bu uyuşmazlıkta Barodan uzun süre önce kaydı silinen başvurunun yeniden baroya kayıt edilme istemi, Baro yönetimince istisnai koşulların başvuru yararına gerçekleşmediğinden bahisle ret edilmekle birlikte hükmün dayanağı 'istisnai koşulların' nelerden ibaret olduğunun açıklanmamıştır.

Mahkemeye göre İstisnai koşullar kuralının belirsizliği, talebin keyfi bir biçimde inceleneceği korkusuna (ya da olasılığına) neden olmaktadır. Dolayısı ile bu belirsizlik gerekçelendirme ihtiyacını vazgeçilmez kılmaktadır; bu olayda milli yargı yeri kararında; bir yandan istisnai koşulların olmadığından bahsederken öte yandan başvurunun dayandığı koşulların neden istisnai olmadığını da açıklamamıştır.[33]

Avrupa Mahkemesi bu içtihadıyla Milli mahkemelerin kararlarının alınmasını gerektiren hukuiki nedenlerin (davranış ya da eylemin normatif

karşılığının) ve yargılama konusu olayın yasadaki tarifi yapılan eylem olup olmadığına da (tipiklik) kuşkudan uzak ve açık bir şekilde belirtilmesi gereğine işaret etmektedir.

b) Yasal gerekçe gösterilmemesi:

Yine Mahkeme önüne gelen bir başvuruda ulusal adli merciinin yasal gerekçe göstermeden davayı reddetmesini açık ihlal olarak kabul etmektedir.[34] Avrupa mahkemesi bu uyuşmazlıktaki bulgusunu; gerekçesi yasal açıdan geçerli olmadığından bahisle baronun başvuru sahibine adil davranmadığı görüşüne dayandırmaktadır.

Anılan davada Belçika ordusundan emekli olan başvuru sahibinin Baroya kayıt olma isteğinin "başvuru sahibinin zaten kariyer yaptığı ve de ayrıca baroda çok sayıda avukat olduğu" gerekçesi ile reddedilmesi üzerine Strazburg Mahkemesi; Baro konseyinin belirttiği gerekçenin hukuken muteber bir gerekçe olmadığı ve aynı zamanda uygulanabilir yasa kuralında da yer alan nedenlerden birine dayanmadığından bahisle, başvuru sahibinin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirlemiştir.[35]

Yasal gerekçe ise hükmün yasa normunda belirtilen nedenlere dayalı verildiğinin açıklanması olarak tanımlanabilir. Kuşkusuz hükmün dayanağı çeşitli nedenlerle açıklanabilir ancak geçerli olanı ise yasalara dayalı ve ona uygun olarak açıklanan nedenlerdir. Tabii ki bu içtihadta yer olmamakla birlikte gerekçelendirmeyi uygulanabilir yasa normu ile sınırlamak olanaklı değildir, uygulanabilir yasa normu bulunmayan bazı uyuşmazlıklarda yargıç yasa kuralı koyma ya da takdir yetkisinin sınırları içerisinde kalmak koşulu ile gerekçesini hukukun diğer kaynaklarından yararlanarak ta oluşturması olanaklıdır.

c) Yasal ifadelerin tekrarlanması:

Yunanistan aleyhine açılan bir davada ulusal yargı organının, başvuru sahibinin istemini yasal ifadeleri tekrarlayarak reddetmesini ihlal kabul etmiştir.[36] Mahkeme bu içtihadı ile her somut uyuşmazlık ya da talebin yasalar önünde sıranması ile ulaşılan sonucun bu uyuşmazlığın içeriğindeki özel ve spesifik nedenlerle açıklanmasını arzulamaktadır. Zira her uyuşmazlık nevi şahsına münhasır özellikler taşısa da yargıçların benzer

dava ve istemleri kaba bir benzeştirme kültürünün etkisi ve içerik kaygısı duymadan içtihat [37] ya da emsal aracılığı aynılaştırdıkları da bilinmektedir. Bu durumun nedenleri arasında zamansızlık ve iş yükü savunmaları öne çıksa da iş yükü az olan mahkemelerde dahi ,yasaların aradığı ölçülerde gerekçeli karar yazılmamakta [38] ya da kalite ve içerik kaygısından uzak madde ve dosya numaralarına gönderme[39] yapıldığı da ayrı bir gerçektir.

d) İçselleştirme yöntemi ile gerekçelendirme:

İspanya ve Finlandiya ile ilgili görülmekte olan davalarda üst mahkemenin ayrıca ve açıkça bir gerekçelendirme gereksinimi duymaksızın, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı onaması ya da içselleştirme yöntemi ile önceki karar gerekçesini kabul etmeyi, gerekçeli karar prensibine aykırılık nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.[40]

İçselleştirme;inceleme konusu olay ile ilgili niteliklere değinilmeksizin ondan soyut olarak evvelce açıklanan nedenlere ya da değerlendirmelere yollama yapılması olarak ifade edilebilir.

e) Gerekçenin içeriği hakkında bilgi edinilmemesi:

Komisyon önüne gelen bir olayda; gerekçeli kararı öğrenme olanağı ortadan kalkan başvurunun bu karara yönelik temyiz isteğinin, üst mahkemece ret edilmesini sanığın etkili savunma hakkından yoksun bırakıldığından bahisle, olayda Sözleşme'nin 6/3-b,c bentleri ile ilişkili 1.fıkra hükmünün yüksek sözleşmeci yanca çiğnendiği sonucuna varmıştır.[41] Gerekçelendirmenin yapılmaması eğer temyiz yolunu tıkamış ise 6/1 anlamında sorun var demektir. Zira temyize başvuru hakkının etkili kullanımı için kararın üzerine inşa edildikleri zeminin yeteri açıklıkta olması sağlanmalıdır. Bu temyize başvuru hakkının gerçek anlamı ile kullanılması için bir temel olduğu[42] unutulmamalıdır.Ancak Mahkeme Pierre-Andre Melin v. France davasında temyiz başvuru hakkının engellenmesinden söz edilebilmesi için, başvurunun eylemi ile bu sonuca katkıda bulunmaması ya da bu hakkın kullanılması için asgari özen(gayret) yükümlülüğünü ifada temerrüde düşmemesi koşuluna bağlamaktadır. Başka bir

deyişle anılan hakkın kullanılması için gereken önlemler alınmış ya da gerekli ödevler yerine getirilmesine rağmen temyiz başvurusunun kullanımını halende olanaklı değilse artık hak ihlali var demektir. Bu içtihat gerekçeli karar hakkına aykırılığın aynı zamanda savunma hakkının etkili kullanımını da engelleyeceğine dair çarpıcı bir örnektir.

Bu uyuşmazlıkta ilk derece yargı organının bu kararı, ardışık iki ayrı nedenle hatalıdır. Birincisi kararın içeriği hakkında bilgiye ulaşılma olanağının herhangi bir nedenle engellenmesi, ikincisi ise buna bağlı olarak ilgisinin gerekli, yeterli ve etkili savunma araçlarından yoksun bırakılmasıdır. Bilgi edinme hakkının engellenmesi ya kararın yanlara hiç verilmemesi ya da geç verilmesi şeklinde olabilir. Sözgelimi karar gerekçesinin temyiz süresi içinde yazılmaması/yazılmaması nedeni ile kısa karara dayanılarak temyiz hakkının kullanılmasında olduğu gibi.

İç hukukta bu ve benzeri durumlarla karşılaşmakla birlikte ceza yargılama yöntemine ilişkin yasada bu riski önleyecek önlemlerin varlığı da bilinmektedir. Yanlar gerekçeli kararın öğrenilmesine değin temyiz süresinin işlemlerini durduran (süre tutum) dilekçelerle bu riski ortadan kaldıracılabilmektedirler.

f) Yeterli gerekçe gösterilmemesi:

IHAM iç hukukta kararların yeterli gerekçeden yoksun ya da gerekçenin detaylı olmamasını adil ve güvenli yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.[43]

Yeterli gerekçe ise mahkeme kararlarının adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte olarak açıklanmasıdır.

Buraya kadar anlatılanlarla gerekçe ve gerekçesizlik kavramları ile ilgili Strazburg Mahkemesinin karar içeriklerinde yargıç etkinliğinde olması gereken hukuk algılamalarını[44] kimi zaman da ulusal yargı organlarının gerek bu saptamalar karşısındaki ve gerekse yanındaki duruşunu belirleyerek, gözlem ve deneyimlerimizle konuya müdahil olmaya çalıştık.

Şimdi de üst yargı organlarının norm denetimine ilişkin edimlerini yerine getirirlerken aynı zamanda içtihat yolu ile hukuku geliştirme ve zen-

ginleştirmeye katkı sundukları da gözetilerek Yüksek yargıda gerekçe üzerine konuşulanlarla çalışmamızı yönlendireceğiz. Bunu bir kaç nedenle gerekli buluyoruz. İlki iç hukukta gerekçenin nasıl görüldüğünü belirlemek, ikincisi Yargıtay'ın ilk derece mahkemeleri ile arasındaki hiyerarşi ilişkiden yararlanarak, sözleşme normları ile bunların uygulanmasına açıklık getiren içtihatlarla egemen ilkelerin belirlenip yerleşmesinde önemli ve etkili rol özelliğine dikkat çekmek, üçüncüsü ise aralarında hiyerarşi ilişkisi bulunmayan iki yasal yargı organının bu konudaki duruşlarını karşılaştırarak buradan ortak çıkarımlar yapmaktır.

B) Yüksek Yargıda gerekçe:

Danıştayın 'Derinleştirilmiş bölgesel koruma sistemi' karşısındaki tutumu, özellikle son yıllarda netleşmiş bulunmakta ve giderek bu ulusal üstü mekanizmaya daha sıkı referans yaptığı gözlenmektedir. Sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konuma sahip olduğunu, Yürütme ve Yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını ortaya koyan Danıştay, Anayasa Mahkemesi Kararlarına da yollama yaparak İHAS Jürisprüdansına anayasal değer tanıdığı sonucuna varmıştır.[45]

Kararlarında sık sık İHAS'a Yollama yapan Anayasa Mahkemesi Türkiye'nin sözleşme ile yükümlülükler altına girdiği saptandıktan sonra insan hak ve özgürlüklerinin yalnızca ulusal anayasaların konusu değil aynı zamanda da uluslararası hukukun kurucu ögesi olduğunu belirtmiş ve insan hakları ile ilgili uluslararası normları da anayasallık denetiminde 'ölçü normlar bloğu' içine sokmuştur.[46]

Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin yeni kararları T.A.Y. sisteminde, iç hukukun tartışılmaz üstünlüğünün sonu ve milletlerarası norma açılma sürecinin başlangıcı şeklinde yorumlanmaktadır.[47] Görülüyor ki gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay [48] AIHS'nin etki gücünü benimseyerek, uygulamalarına referans olarak kabul etmektedirler. Böylelikle gerek ilk derece mahkemesi gerekse norm denetimi yetkisinin kullanımında bu mahkemeler; bakmakta oldukları davalarda gerekçeli karar hakkına egemen içtihatların uygulanmasında rehberlik yapacaklarını taahhütlerinin gereği saymaktadırlar.

Yargıtay içtihatlarında gerekçenin gerek nitelik ve gerekse nicelik olarak zengin bir görünüm gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu kararların incelenmesi ile Yargıtay'ın gerekçeli karar hakkını ilke olarak, gerekçesizliği ise istisna olarak kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme içtihatlarında; gerekçenin niteliği, içeriği ile işlevi ayrıntılı olarak belirlenerek hangi durumların hak ihlaline neden olacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu nedenle Yargıtay'da gerekçe üzerine söylenenler hakkında ortak ve AIHM'nin temel ilkeleri ile uyumlu bir kanının oluştuğu-muhalefet şerhleri ayrı olmak üzere-söylemek yerinde olacaktır. Buna göre;

1. Gerekçenin işlevine ilişkin içtihatlar:

Hukuk Genel Kurulu; gerekçelendirmenin yargı için yasal ve aynı zamanda etik bir yükümlülük olduğunu belirledikten sonra, gerekçe oluşturulurken yansızlığın sağlanması ile birlikte yanların onur ve saygınlığının korunmasında da özenli davranılmasına işaret etmektedir.[49] Başka bir ifade ile Genel Kurul bu kararında, insan onur ve saygınlığının gerekçelendirme adı altında yetki aşımı suretiyle çiğnenmemesi gereğine işaret etmektedir. Burada sözleşme ile korunan değerler arasında olası krizin yargı tarafından hukukun sınırlarında ve elverdiği ölçüde insanın değerinden yana tavır alarak aşılması önerilmektedir.

2. Gerekçenin niteliğine ilişkin içtihatlar:

Büyük Genel Kurula göre; Anayasa ve yasalarda nelerin gerekçe olabileceği sınırlı bir şekilde sayılmadığını, bununla birlikte gösterilecek gerekçenin sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini de gösterecek şekilde geçerli ve yasal olmalıdır. Gerekçenin bu niteliği ile yasa koyucunun amacına uygun düşeceği gibi bununla, aynı zamanda karar aydınlatılmış, keyfiligi önlenmiş ve de yanlar ikna edilmiş olacaktır.[50]

CGK ise yargıcın takdir hakkının akla, hukuka ve dosyaya uygun açıklanması gereğine değinmektedir[51]. Dolayısı ile gerekçelendirmenin dosyadaki argümanlar olay ve olgulara dayalı yeterli olmayıp bu etkinliğin mantıksal bir süreçle tamamlanması gerekir. Yargıtay ilk seviye mahkemelelerin bu edimlerini görmezden gelip oluşu ve delilleri tartışmadan, dosyayı numaralandırmaları son-

rada bu numaralı bölümlere gönderme yapılmak suretiyle gerekçelendirmede (içselleştirme yöntemi) bulunulmasında yasalara aykırılık saptamıştır.[52]

Önceki kararlara gönderme yapılarak gerekçelendirme yapılmasını Yargıtay kabul etmemektedir.[53] Söz konusu bu durum içselleştirme olarak da adlandırılmaktadır. İç hukukta bu tarz uygulamaya gerek ilk derece gerekse üst yargı organlarının kararlarında da rastlamak olanaklıdır. Yargıtay genellikle onama kararlarında şablon gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararlarını onamaktadır. İlk derece mahkemeler ise özellikle bozma üzerine verdikleri kararlarında bozmada belirtilen noktalara gönderme yaparak ya da bunları tekrarlar benzer bir etkinlikte bulunmaktadır. Oysaki bozulan karar tamamen ortadan kalkmakta mahkeme yeniden gerekçeli hüküm oluşturmakla ödevli duruma geldiği gözetilerek yeniden gerekçe oluşturmalıdır.[54]

Birinci daire gerekçeli hükmün her şeyden evvel yargısal bir yapıt olduğu bulgusuna varıp, bunun yasaya, yanlara, yaşama, olaya uygun ve aynı zamanda adalet duygusunu yansıtmaması [55] gerektiğine vurgu yapmakla birlikte insancıl bir görünüme sahip olmasını da istemiştir. Bu içtihatla gerekçeli kararların gerek öğreti gerekse Strazburg yargısının insanı eksen alan anlayışına esas alması nedeniyle oldukça uygun olduğunu düşünüyorum. Zira burada adaletin insancıl yönü diğer niteliklerine göre önemsenererek açığa çıkarılmıştır.

Yargıtay, kararın dayanağı tüm veriler ile bu veriler konusunda ulaşılan sonucun, iddia, savunma ile tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin, suçun yasal öğeleri ve kabul edilen olayların kararda gösterilmesini ve aynı zamanda gerekçenin belirsiz, kapalı, duraksamaya neden olacak ifadeler içermemesini de önermektedir.[56] Çünkü yargılamanın amacı eldeki uyuşmazlığı ikinci bir uyuşmazlığa neden olmayacak şekilde sonlandırmaktır. Söz konusu bu ve benzeri içtihatlarda Yargıtay, Strazburg yargısından farklı olarak sadece hükme esas alınan nedenlerin cevaplanması ile yetinilmemesini bir adım öteye gidilerek iddia ve savunmanın bir bütün olarak değerlendirilip gerekçeye yansıtılmasını uygun bulmaktadır. Böylelikle kararların açık ve inandırıcı gerekçelerle

kaleme alınması sağlanarak bunun davayı kaybeden yanda güven duygusu oluşturması amaçlanmaktadır.

Kısa karar ile gerekçeli kararın çelişik olması bir başka gerekçesizlik örneğidir. Yargılama yöntemine ilişkin yasalar gerekçeli karar ile infaza yönelen kısa kararın uyumluluğun ilke edinmiştir.[57]

Yetersiz gerekçeye dayalı yorumla tahrikin adi nitelikte kabulü[58], kararda yasal olmayan gerekçe ile cezanın ertelenmemesi[59], asgari haddenden ceza tayininde gerekçe gösterilmemesi[60], yasal, yeterli ve geçerli olmayan gerekçe ile hüküm kurulması[61], maddenin uygulanma gerekçesinin gösterilmemesi[62], nesnel ve öznel ölçüler gözetilmeksizin taktir en sözcüğü ile yetinilip yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması[63], öne sürülen taleple ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi[64], Kısa kararın duruşma tutanağına geçirilmeden gerekçeli karar oluşturulması[65] taraflar bakımından inandırıcı ve Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde kaleme alınmaması, mahkemenin iddia savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerinin açık olarak gerekçede gösterilmemesi, belirsiz ve müphem ifadelerle yer verilmesi, suçun yasal öğelerinin gösterilmemesi kabul edilen olayın gösterilmemesi[66] yasal ifadelerin tekrarlanması olası ihlal biçimleri olarak telaffuz edilmektedir.

Yargıtay özetle adil yargılanmanın amacına hizmet edecek ayrıntılı gerekçelere kararlarda yer verilmesini önermekle bu konuda oldukça radikal bir tavır sergilemektedir.

Yargıtay bu bakış açısı ile Strazburg yargısının gerekçe üzerine söylediklerinin büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilir. Bu benzerlikler genellikle yeterli, geçerli, yasal ifadelerle gönderme yapılması, içselleştirme yolu ile gerekçelendirme konusunda kendini göstermektedir. Yargıtay'ın saptayabildiğimiz kadarı ile gerekçede iddia ve savunmanın mutlaka tartışmaya konu yapılmasını ve yargılama sürecinde öne sürülen taleplerin cevaplandırılmasında ayrık bir duruma değinmemekle, Strazburg Yargısından kısmen farklılaştığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın gerekçesizlik kavramına açık ve örtülü gerekçesizlik yanında içselleştirilmiş gerekçe ve yetersiz gerekçe

rekçelendirmeyi de dahil ederek bu alanı genişletmiştir. Yargıtay'ın bu alandaki en değerli katkısı ise sözleşmenin de yargısal korumaya aldığı kişi onurunu çiğneyecek gerekçelendirmeyi reddeden tutumudur.

C) Yargılama yöntemine ilişkin yasalarda:

1. Ceza Muhakemeleri Usul Yasasında;

Ceza Yargılama Yöntemi Yasası; düzenğinde gerekçelendirmeyi tüm yargı organlarının karar/muhalefet şerhleri ve mütalaaları için gerekli[67] bulmakla birlikte gerekçelendirmede gözetilecek hususlar yönünden mahkumiyet ve beraat kararları arasında ayırım yapmıştır.

Mahkumiyet kararlarının gerekçesinde; kanıtlanmış ve kesin olgular, başka olgulardan edinilen kanıtlar(260/1), TCK'da yer alan ve cezayı kaldıran indiren ya da ağırlaştırılan nedenlerin sübuta erip ermediği (260/2), uygulanan ceza kuralı, cezanın tayininde etkili haller (260/3), ceza yasasında cezanın indirilmesi nedeni olarak gösterilen nedenlerin kabul ya da reddinin mutlaka temellendirilmesi gerektiği belirtilirken, Beraat kararlarının gerekçesinde ise sanık hakkında verilen beraat kararının hangi nedene dayalı olarak verildiğinin açıklanması yeterli görülmektedir.

Durma, düşme ve ret kararlarının gerekçesi konusunda ise yasada bir açıklamanın yer olmadığı gözetilerek bu kararların gerekçesinin de üst mahkemenin iyi bir denetim yapmasına olanak verecek şekilde temellendirilmesi gerekir.[68]

Yargılamaya katılanların yasa yollarına başvurma hakkından vazgeçtikleri taktirde, suçun yasal unsurlarını gösteren olgularla uygulanan yasa maddesinin son kararın gerekçesinde yer almasının yeterli (260/5) görüldüğü anlaşılmaktadır. Yasa yolundan vazgeçme durumunda, gerekçede başka hususlara yer verilmesine gerek görülmemesinin nedeni, bu kararın başka mahkeme ya da yargı organlarınca gözden geçirilmeyecek olmasındandır. Son kararın gerekçesinin, özellikle mahkumiyet kararında bütün ayrıntısı ile yer almasının istenme nedeninin, üst mahkemelerce iyi bir denetim yapılmasına olanak tanımaktır. [69]

2. Medeni yargılama yöntemine ilişkin yasada;

Gerekçeli kararlar ilgili düzenlemeler HUMK'un 381,486/6,489/2,388/1b-3 maddelerinde düzen-

lendiği bilinmektedir.

HUMK'un 388/3 maddesi, hükmün iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti anlaştıkları ya da anlaşamadıkları noktalar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışılması,ret ve üstün tutma nedenleri sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki nedenleri içermeye gereğine değinmektedir.

Buna göre kararların gerekçeli olması gerektiği, hükmün gerekçesiz olmasının mutlak temyiz nedeni kabul edilmektedir.[70]

II- Hukuk Öğretisinde Gerekçenin görünüm biçimleri:

Öğreti; bilgi üretme, üretilenleri yorumlama ve yargı kararlarına eleştirisel yaklaşarak hukuku geliştirme ve zenginleştirmektedir. Dolayısı ile bilim çevrelerinde konuşulanların, gerekçeli karar hakkına yönelik ihlallerin önlenmesine çok önemli katkılar sağlayacağı tartışmasızdır. Bu amaçla ulaşabildiğimiz kaynakların bir kaç çalışma ile sınırlı olmasına rağmen bu çalışma ve görüşlerin her birinin ayrı bir değer ve zengin içerik taşıdıklarını görmekteyiz.İşte öğretilerde gerekçenin adli, psikolojik, toplumsal, pedagojik nitelikleri üzerine söylenenler;

A) Gerekçenin Yararları Üzerine Savlar:

1. Gerekçenin adli nitelik ile işlevi üzerine söylenenler;

a) Gerekçe yargıcın yansızlığını kanıtlama aracıdır:

Yargıcın yargılama sonucu ulaştığı kanının hukuksal olması yargıcın kişisellikten arınmış olma ve hukuka uygun davranma yükümlülüğünün doğal sonucudur. Bu bağlamda kararların gerekçeli olma ilkesi; yargı bağımsızlığının amacı ve bedeli olan yansızlığı kanıtlama olanağı veren ve yargıç onurunu koruyan bir araçtır. Dolayısıyla yargıcın verdiği karar ne denli doğru (adaletli) olursa olsun; karar gerekçesinde yansızlığını tartışılır duruma getirmiş ise bu etkinliği ile adil yargılanma hakkını ihlal etmiş demektir.[71]

Bununla birlikte yargıcın tarafsızlığı ya da nesneliği bir dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması ile olanaklı olup bunun sağlanması yargıcın ciddi bir gerekçelendirme ve

temellendirme gayreti ile olanaklıdır. Dolayısı ile yargıç hukuk devletinde yargılamayı yürütürken her aşamada doğru ve güvenli yargılanma hakkının belirlenmiş ilkeleri ile bunların özünde var olan (insana saygı, toplumsal özgüveni geliştirme) değerleri de gözetmekle yükümlüdür.[72]

b) Gerekece geleceğin hukuku ve toplumunun tasalanma aracıdır:

Yürürlüğe giren yasalar genellikle yargıçlar tarafından (determinate/indeterminate normlar) uygulanmaktadır. Her ne kadar hakimler yasalara bağlı iseler de, yürürlüğe giren yasa hükümlerini yorumlamak, düzenlenmeyen ayrıntıları çözmek üzere de yeteri kadar hürriyet/takdir hakkı ile de donatılmışlardır. Hakim donatılan bu yetkilerle geleceğin hukukuna (de lege ferenda)[73] tasarımcı ve bir retorisyen kimliği ile başvurarak, hukuku adalete dönüştürmekte böylelikle de fakto hukuk yaratmaktadır. Bu ve diğer etkinlikleri sayesinde bilimsel soyutluğu somutlaştırmaktadır.[74]

Ancak yargıcın bu konudaki bakış açısı mevcut hukuk sisteminin sınırlarını aşsa da, pratiği ve vereceği kararların dünya ve hukuk sistemi için anlamlı olma gereği vardır. Bu anlamlılık aynı zamanda tasarım özgürlüğünün sınırlarını da belirler. Bu saptama hukuk sistemi ile doğa bilimleri arasındaki temas noktalarına da işaret etmektedir. Bilimsel hipotezler gibi kararlarda "gerçek dünyaya" ilişkindir; her ikisi de boşlukta değil, bilgi yüklü bir ortamda test edilmektedir.[75] Gereçelendirmenin bilimsel ekinlik yanı gözetildiğinde Sayın Yücel'in eserinde vurguladığı bilimsel sınama yargılama etkinlikleri aracılığı ile gerçekleşip, bu süreç de sonuçta ifadesini gerekçeli kararda bulacaktır.

c) Gerekeçeli karar Yargıç için etik yükümlülüktür:

Yargıcın buyruğunun dayandığı nedenlerin bilinmek istenmesi gücünü yasalardan önce değer yargılarından alır.[76] Gerekece başka bir ifade ile yargıcın etik bir yükümlülüğüdür. Gereçelendirme zorunluluğu aynı zamanda tarafların gerçek hakkında müsterih olma ve kararı kabul etme ihtiyacının da gereğidir.[77] Bu bağlamda mahkeme yargıcının etik sorumluluğu, işlevi ile

doğrudan doğruya ilgili görünmektedir. Dolayısı ile yargıç için doğru ve adil yargılamanın ön şartı etik değerlerin kendisinde ne kadar yer ettiğine bağlıdır.[78]

Yargıç'ın pozitif hukukun sınırları içinde, belirli bir yargılama konusu eylemi bir yasa maddesine bağlama ya da bağlamama özgürlüğünü kullanarak yargı işlevini hukuk devletinin amacına uygun olarak yerine getirebilmesi onun etik özgürlüğüne bilgi donanımına, yeteneklerine ve hukukun üstün ilkelerine ilişkin doğru değerlendirmeler yapmasına bağlıdır. Bu nedenle yargıç sağlam bir hukuk ve felsefesi, karşılaştırmalı hukuk uygulamaları, örnek karar ve gerekçe bilgisine, kısaca farklı olanakların bilgisine sahip olmalıdır.[79].

Yargıcın etik meşruluğu ahlak değerlerinin nisbiligi tehlikesine açık olmakla birlikte, asıl üzerinde durulması gereken, yargısal etkinliğin sağlamlığının önemli bir unsuru olmasıdır. Olağan yaşamımızdaki yargılarımızı oluştururken nesnel olmanın çoğunca olanaksız olduğunu, yargılarımızda öznel ön anlayışlarımızın yönlendirmesi altında olduğumuzu bilsek de yargıç içsellğinde, olağanüstü bir nesnel birikim deneyim ve bunun bilgisinin de olması gerekmektedir[80].

d) Gerekece adli süreçte rasyonelliği etkin kılma aracıdır:

Adli işlevde rasyonelliğin en önemli ve en tipik göstergesi kararların gerekçeli olmasıdır. Kararların nedenlerini ve doğruluğunu gösterme ihtiyacı tüm yargılama yöntemine ilişkin yasalarda, görüş ve kararların gerekçelerinden biri olarak belirtilmektedir.[81] Yargılama mantık kurallarının egemen olduğu bir yargısal akıl yürütme etkinliğidir.

e) Gerekece yargıcın yanılmasını önleyici bir araçtır:

Yargıçlar insandır bu bakımdan yargılama sürecinde hatalı davranma gerçeğe ve yöntemeye aykırı yargıya varma ya da buyruk oluşturma olasılıklar gözardı edilmemelidir. Gerekece bu işlevi ile olası adli yanlışların yaşanmaması için bir anlamda güvencedir.[82]

f- Gerekece yargıcın da yargılanma aracıdır:

Gerekçe yargıcın yargılama etkinliğinin aynası olup, bu işlevine bağlı olarak yargıcın da yargılanmasına olanak tanır.[83] Başka bir ifade ile hakimin tarafların getirdiği ispat vasıtalarının keyfi kullanmasına ve hissi karar vermesine engel olacağı gibi[84] bu etkinliğindeki hukuksal ve mantıksal değerlendirilmesinin kontrolüne olanak sağlayacaktır.

g) Gerekçe niteliği itibarı ile bir yargısal akıl yürütmedir:

Gerekçe karar ile mütalaanın üçüncü unsuru olan sonucun mantıki yönden dayanağıdır. Mantığa dayanmayan yani keyfi olan kararların muhakeme hukukunda yeri olmamakla[85] birlikte hükmün tek başına akla ve mantık kurallarına ya da akıldışı mülahazalara dayalı olması yeterli görülmemekte, hükmün özellikle bunların tümüne dayandırılması gerektiği de ifade edilmektedir.[86]

h) Gerekçenin oluşa uygun, açık, çelişkisiz ve hukuk kuralına aykırı olmaması gerektiği:

Gerekçenin hukuk kuralı, mantık veya deneyim kurallarına ters düşmemesi ve[87] aynı zamanda başka sonuçlar çıkartılmasına imkan vermeyecek tarzda olması gerekmektedir. Kararda kanaate ilişkin nedenlerin boş, yuvarlak, anlamsız kelime ve cümlelerle değil önemli deliller ve diğer unsurların tümü birbiri ile olan bağlantıları gösterilmelidir.[88] Bilimsel doğruluk ilkesi uyarınca gerekçe için delillerin değerlendirilmesinin mantıki çatısı için gerekli olanlara yer verilmesi gerekir[89]. Görülüyor ki yargıca kararda kullandığı bütün önemli kanıtlara değinmesi ya da hangi argümanlar esas alınarak karar oluşturduğunu detaylandırılması önerilmektedir.[90]

2. Gerekçenin Pedagogik niteliği üzerine söylenenler;

A) Gerekçeli karar öğretici işleve sahiptir:

Gerekçeli niteliği itibarı ile her şeyin üstünde kararın haklılığını vurgulama ve bu konumu ile bildiğince ikna edici olma girişimidir. Bu etkinlik ile bir yandan karardaki adalete vurgu yapılmakta öte yandan da davayı kaybeden tarafa kararın zulmedici ve keyfi bir karar olmak yerine, mantıksal diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu oldu-

ğu gösterilmek istenmektedir. Zaman zaman kaybeden taraf avukatına dikkatinden kaçmış defileleri görebilmesinde ve ısrar ettiği görüşündeki hatayı algılamasına da yardımcı olabilmektedir.[91]

B) Gerekçe hukukun zenginleşmesine olanak sağlar:

Gerekçe ve muhalefet şerhleri; hukuk tüketicilerinin verilecek kararların doğru tahmin edilebilmeleri bakımından önemli dayanaklardır.[92] Keza gerekçe ve muhalefet şerhleri kararların (üst mahkemeler, mesleki yayınlar, kamuoyu organları, sivil toplum kuruluşlarınca) denetlenmesini sağlayan ve hakimlere rasyonel yargılama gücü veren unsurlar olarak da, hukukun zenginleşmesine katkıda bulunmakta hatta ilkelerin oluşum potansiyelini oluşturmaktadırlar.[93] Bilim adamları yargısal kararların gerekçelerine katılmasalar bile onları eleştirerek daha isabetli mütalaalara vararak[94] hukuk biliminin gelişip zenginleşmesine eleştirel etkinlikleri ile katkı sunmaktadırlar.

1. Gerekçenin psikolojik işlevi üzerine yorumlar;

Gerekçe yargıcın adli etkinlikte vicdanını rahatlatma aracıdır: Adalet duygusunun rasyonelleştirilmesi yargıçların kendilerini rahatlatmaları kadar yanları da ikna ederek huzur sağlayan, bir bakıma da deneyimli yargıçların kendi refleks ve düşüncelerini destekleyen bir işlemdir.[95]

2. Gerekçe toplumsal- iletişim işlevi üzerine yorumlar:

Karar bazen toplum ile iletişim amaçlı da kullanılabilir.[96] Buna gerekçeli kararın iletişim amaçlı kullanımı da denilebilir. Kanımca burada yargıç hukuku aracı kılarak toplumla diyaloga girmekte ya da kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda yaklaşımını ortaya koymaktadır. Ancak yargıcın bu etkinliğinin siyasal sonuçlar vermesi olasılığı karşısında, hukuk ve yargının bundan olumsuz etkilenme riski de mutlaka gözetilmelidir.

B) Gerekçenin zararları üzerine tezler:

Öğretide gerekçenin gerekliliği üzerine değişik savların yanında, az da olsa gerekçenin adli riskleri olabileceğine ilişkin görüşlere de rastlamak olanaklıdır. Şöyle ki;

1. Gerekçenin yargılamayı geciktireceği savı:

Gerekçe göstermenin güç davalarda, yargıçların gerekçe göstermekten imtina ederek ya da gerekçeli kararın yazılmasında ihmali bir tutumda sergileyebilecekleri yargı pratiğinin herkesçe malum bir problemidir. Ancak bu risk neden gösterilerek gerekçeli karar hakkından vazgeçilmesi kabul edilemez. Bu riskin etkisini yargıçlar üzerindeki iş yükünün azaltılması, zamansızlık sorununun çözülmesi ve yargıçların bilgilendirilip, deneyim kazanması ile yitireceğini umuyoruz. Ancak koşullar ne olursa olsun yargıçlar hukuku en ince ayrıntısına kadar üslûne uygun bir şekilde uygulayarak kendilerini hukuk devletinin meşru zemininde tutmalıdırlar[97]

2. Gerekçe hakikatleri perdeleme aracı olarak kullanılabilir:

Gerekçenin sayılan olumlu işlevleri yanında başka amaçlara hizmet eder şekilde kullanılma olasılığı da vardır. Hukuk yaratma sürecinde yasama organı titizliğinde toplumsal vicdanı yansıtmayan kurallar konulması ve gerekçenin perdelenmesi riski de vardır. Gerekçe konusunda var olan diğer bir görüntüde, totaliter rejimlerde önceden saptanmış sonuçlara uyarlı gerekçeli karar olgusu ile legalite bağlamında mevcut normlarla halkın adalet duygusu arasında beliren uçurum sonucu hakim olgusal kanıtlara ilişkin değerlendirmesinde bazı şeyleri göz ardı etmesi veya rejim değişikliklerinde hakimlerin eski alışkanlıklarını sürdürmesidir. [98]

3. Gerekçe bazı hallerde mahkemelerin saygınlığını tartışılır kılabilir:

Toplu çalışılan mahkemelerde, kararların farklı çıkmasından çıkarılacak sonuç bu kararların tek bir gerekçeden doğmadığıdır. Toplu mahkemelerin doğasında olan ve güvence olan bu durumun gerçekleşebilmesi üyelerin kapasiteli olmasına bağlıdır. Aksi durum zaman zaman tanık olduğumuz mahkeme başkanının egemen olduğu “sözde toplu mahkeme” görüntüsü sergilenmiş olunacaktır.[99] Çok az farkla çıkan kararların ayrıca kamuoyunda olumsuz eleştirilere konu olduğu da gözetildiğinde bu iki noktada kararların saygınlığı kuşkulu hale gelebilir. Buraya değin hukuk bilimi ve tüketicilerinin gerekçeye bakış açılarını

olumlu ve olumsuz yönleri ile ele almaya çalıştık. Öğretide gerekçenin analitik bir yöntemle ele alınarak detaylandırıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu görüşlerin tümünün ortak paydası yargılama yönteminde gerekçelendirilmenin en ince ayrıntısına kadar kullanılması gerektiğidir. Öğreti bu bakışı ile Strazburg yargı kararlarında tanımlanan gerekçe ve gerekçesizlik tanımı ile paralel hatta detay bakımından önde olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte öğretiyi ve Yargıtay’ın gerekçelendirme de kararın dayanağı tüm argümanların detaylandırılarak yer alınması gerektiği görüşü ile Strazburg yargısının sadece hükme etkili olan iddia savunma talep ve argümanların gerekçelendirilmesi gerektiği şeklindeki içtihadından ayrılmaktadırlar. Ancak insan haklarının kurumlaşması istenç yanında uygulama ile öğretinin ürettiklerini paylaşmaları ile olanaklıdır.

İkinci Kısım

Gerekçeli karar hakkının uygulamadaki sapma biçimleri:

Uygulamada çeşitli nedenlerle bu görevin yerine getirilmesinde özenli davranılmadığı, çeşitli gerekçelerin yerinde olsun ya da olmasın arkasına sığınarak eksik ya da hiç yerine getirilmediği ya da istenmeyen şekillerde yerine getirildiği bu şekildeki usul sapmalarının gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukukta ciddi eleştiri ve yaptırıma konu olduğu bilinmektedir. Bu konudaki ihlallere sıklıkla gözaltı, tutuklama, arama ve savunma gibi ceza yargılaması araçlarının kullanımında rastlanmaktadır. Dolayısı ile yetkinin kullanıcısı durumundaki mahkeme ve uzantılarının yapılan işin önemini bilincinde üst düzey bir sorumlulukla davranarak eylem, işlem ve kararlarını gerekçelendirmeleri gereklilikten öte bir yargısal güvencedir.

Uygulamada kimi zaman genel ve soyut kimi zaman da yasa maddesindeki ifadelerin tekrarlanarak ya da bunlara gönderme yapılarak gerekçelendirilmesi[100], sav ve savunmalar ile gerekçenin denetime olanak vermeyecek tarzda özetlenmesi, yasal gerekçe kullanmak yerine az da olsa hukuk dışı gerekçelerle kararın açıklanması, gerekçede hükme esas alınan ya da alınmayan olay olgu kanıtların neler olduğunun açıklanması yerine “kim ne demiş” şeklindeki diyalog ve ifade-

lerin kararda gösterilmesi ile yet inilmesi sıklıkla karşılaşılan sapma biçimleridir.

Ancak uygulamadaki bu sapmalar sadece yargıçların değil yargılama etkinliğine katılan tüm kişilerin yöntem dışı uygulama ve algılayışlarından kaynaklandığı da başka bir görünüm biçimidir. [101] Savunma tekeli elinde bulunduran ve bağımsız yargının bir ögesi durumundaki Avukatlarında (sorumluluk sahibi olanların ayrık tutulması koşulu ile) savunma etkinliklerini neredeyse “aleyhimize olanları kabul etmiyoruz, itiraz ediyoruz, mahkemenin taktirine bırakıyoruz, kabul etmiyoruz v.s.”[102] gibi taktiklerin sınırına hapsedtikleri ve iktidar alanlarını sahipleri olmayan yargıç ve diğerlerine terk ettikleri vurgulanması gereken bir diğer gerçektir. Sav ve savunma öne sürülenlerin doğru ya da yanlışlığının temelini ortaya koymada/sunmada (argüman) özensiz davranarak bir anlamda kendi kusurları ile gerekçelendirme ve gerekçeli karar hakkının ihlali-ne katkı sunmaktadırlar.

Her ne kadar gerekçelendirme yargıcın sorumluluğunda ise de gerekçelendirme yükümlülüğünün yönetime aykırı biçimde kullanılmasında, yanların ve savunma mesleği mensuplarının denetim üzerine inşa edilmiş bir savunma stratejisi yerine uyuma dayalı savunmaları stratejisi izlemelerinin de etkili olduğu başka bir gerçektir. Bu gibi sapmaların ortadan kaldırılması veyahut önlenmesi yargılama yöntemi yasalarındaki itiraz, temyiz gibi denetim araçlarının etkin ve yerinde kullanımı ile olanaklıdır.

Unutulmaması gereken bir konuda; adaletin gerçekleştirilmesinin yargıç kimliği ile özdeşleştiği kabul edilse dahi yargıcın tekelinde olmadığı, normatif düzenlemede ifadesini bulmuş bir başka gerçektir. Gerek maddi gerçek gerekse hukuki gerçeğe ulaşma birlikte uğraşın sonucudur. Dolayısı oluşmamış adalette de mutlaka birlikte sorumluluğun izleri aranmalıdır. Yöntemine uygun bir yargılama sürece bilgiyi, güveni ve doğruluğu hakim kılar. Böylelikle sürecin hedefi olan adil yargılanma ve adaletin gerçekleşmesi de ona katkı sunan dinamiklerin eseri olacaktır.

İş yoğunlu ve donanımsızlık ile diğer olanaksızlıklar yargının öteden beri gelen üzerinde çokça

konuşulan gerçekleridir. Ancak bu ve benzeri nedenlerinin hiç birinin neden gösterilerek gerekçeli karar yazılması ediminden imtina edilemez. Başka bir deyişle iki satırlık gerekçelendirme ile insanların özgürlüğüne yaşamına ve malvarlığına hükmedilmesi etik açıdan (hak, hukuk, nesafet, hakkaniyet vs.) nasıl açıklanacaktır? Yargıç her şeye rağmen adaletin kendi kimliğinde somutlaştığını hatırlarda tutarak “yükte hafif, pahada ağır” özdeyişine uygun şatafattan uzak anlaşılabilir ifadelerle kararını gerekçelendirmenin yöntemini geliştirmelidir.

Keza Yüksek Yargıda (Anayasa ve Yüksek seçim kurulu) sözcülemi kamuoyunun yakından ilgilendiği davalarda henüz gerekçeli kararların yazılmamış ya da geç yazılması ise bilinen başka bir ihlal biçimidir. Seçim hukukunun demokrasi ile ilişkisi ve Seçim Yargısınca verilen kararların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hedeflediği demokratik toplum oluşturma özlemi katkıları yine Anayasa Mahkemesinin soyut norm denetimi sırasındaki etkinliğinin bu alandaki sonuçları gözetildiğinde verilecek kararların hukuk tüketicileri ve mahkemeler için tartışmasız bir öneme sahip olduğu ortadadır. Dolayısı ile tefhim edilen bu kararların hangi nedenler üstün tutularak alındığının muhataplarınca öğrenilmesi sözleşme ile güvence altına alınsın ya da alınmasın kanımızca üzerinde kafa yorulması gereken başka bir sapma türüdür.

Yargıtay'ın norm denetim sırasında ilk derece yargı mercilerinin kararların genellikle “olay ve delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmadığı cihetle itirazın reddi ile usul ve yasaya uygun hükmün onanmasına” şeklinde ifadelerle onandığı birinci bölümde belirtildi. Anılan uygulama sözleşme kapsamı dışında kalsa bile onama hükmünden olumsuz etkilenen yanında denetleyen durumundaki makamdan az da olsa ikna edici nedenler hakkında bilgiye gereksinim duyacağıının şekli adaletin gerçekleşmesine azımsanmayacak katkı sunacaktır.

Gerekçe önemli bir meşruiyet ve aynı zamanda denetim aracı olduğunun çoğu kez unutulmuş uzun kararların norm denetiminde okunmadığı söylentilerinin etkisi ile de kararlarda sav savunma ve yargılama sürecindeki etkinlik ve değer-

lendirmelerin denetlenmesine olanak vermeyecek şekilde özetlendiği ya da kararda yer verilmediği de özellikle gerekçeli kararların kalem şef ya da memurlarına bırakıldığı ise başka bir gerekçesizlik modelidir. Bu alanda söylenenlerin haklılık payları ve itiraz hakları saklı kalmak koşulu ile öğreti, Strazburg yargı ilkeleri ve Yargıtay pratiği ile ortaya çıkan ilkeleri referans alınarak aşmalıdır.

Yargıçların aynı zamanda yargılamanın bilimsel bir etkinlik olduğu gerçeğinden hareketle her yargılama konusunun kendi içinde ayrı bir özellik ve hak barındırdığının kabulü ile “bilimsel cahillik” ilkesi referans alınarak, hukuksal nedenler ile uyuşmazlık bakımından benzerlik (nitelik ve görüntü olarak) arz etse bile, her defasında bu benzerlik göz ardı edilerek, değerlendirilmesi ve gerekçelendirilmesi gerekir. Ancak uygulamada her uyuşmazlığın nevi şahsına münhasır olduğu ya da her olayın kendi doğasında yegane olduğu felsefi söylemin unutulması, hukuki-Maddi gerçek ayırıtına dayalı olup olmadığı ya da kararın alınma şeklindeki ayrıntılar ile bakılmakta olan uyuşmazlığın özellikleri gözetilmeksizin, Yargıtay kararlarının referans alınarak olayın sınanması, yargıcı “içtihat yargıçlığı”na yöneltirken, yargılamayı da bilimsellikten uzak, yalın ve sıradan bir kamusal etkinlik haline getirmektedir.

Bir başka sapma biçimi olarak da bilirkişi görüşlerinin gerekçe ile bağlantısında göze çarpmaktadır. Bilirkişilik kurumuna yönelik deklere edilmiş ya da edilmemiş eleştiriler bir yana, yazı işleri müdürlerinin müstemilat kavramının belirlenmesi için bilirkişi olarak yetki ve görevlendirilme anlayışının Türk Yargısınca geride bırakılma zamanının geldiği hatta seçtiği dahi söylenebilir. Yargıcın bazen bilirkişi görüşüne yönelik eleştiri ve itirazları değerlendirmeye tabi tutmadan başka bir deyişle bu konudaki talepleri ret ya da kabul etmeden, bazen de bu eleştirilere cevap verilse dahi bunun nedenleri açıklanmak yerine bu görüşlere göndermede bulunularak gerekçelendirme yapıldığı, dikkate değer bir diğer sapma biçimidir. Mütalaanın karara neden dayanak yapıldığının açıklamadan varestede tutularak bunun onaylanması alışkanlığından uzaklaşıldığı oranda yargıçlık kimliğine de yakınlaşılabileceği bilinmeli-

dir. Başka bir deyişle bu alandaki etkinliğin yargılama yöntemi yasalarına uygun kullanılarak, yargıçlık yetkilerinin paylaşılmasında son derece kısıkanç davranılması gerekmektedir. Unutulmamalıdır; yargıçlar, onaylayan değil hüküm verenlerdir. Yargılama yetkisinin hangi nedenle olursa olsun bilirkişilerce paylaşılması durumunda kalınmasında ,ortaya çıkacak sonucun yargıç kararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Bir başka sapmada yargılama sürecinde öne sürülen sav ve savunma konularının gerekçesiz olarak reddedilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Uygulamada iddia ve savunmaya ilişkin söylemlerin, genellikle “usul ve yasaya uygun talebin reddine ya da kabulüne” şeklindeki genel ve soyut ibareler ile karara bağlandığı bilinmektedir. Bu şekildeki istemlerin yahut etkinliğin gelecekteki karar ve işlemlerin öncül ya da artçıları olarak, hakkın oluşumunu yakından ve derinden etkileyecek sonuçlar doğuracağı gözetilerek, yanların anılan kararlara itiraz edebilmelerine ya da verilmiş kararların geri alınmalarına olanak sağlayacak açıklık ve yeterlilikte temellendirilmesi, gerekçeli karar alma hakkının ruhuna uygun bir davranış olacaktır. Bu edim duruşma aşamasında yerine getirilmemiş ise hiç olmasa bu eksikliğin ikna edici olma amacını karşılaması niyeti ile son kararda makul ölçülerde açıklanmalıdır.

Bazı yargı kararlarının (anlaşmalı boşanma çarpıcı örnek olabilir) niteliği gereği şablon gerekçelendirme kullanılmasına elverişli olduğu kabul edilmekle[103] birlikte bu şekildeki uygulamanın istisna olduğu, istisnanın da “dar yorumlanması” gereken niteliği atlanarak, “aynılaştırma-benzestirme kültürünün” etkisi ile bütün kararlara teşmil edilmemesi gerektiği de başka bir örnek olarak durmaktadır.

Gerekçeli kararların yasal nedenler dışındaki nedenlere dayalı olarak gerekçelendirilmesi ise örneğine az tesadüf edilmekle birlikte çarpıcı bir başka gerekçesizlik örneği olarak değerlendirilmelidir.[104] Bu tarz oluşumlar genellikle hükümle varılan sonucun, pozitif hukuk düzeneğinde yer almayan olgulara dayalı ya da normatif düzenlemede yer alsa dahi buradaki içeriğinden ayrı ve yanlış algılanarak ya da burada belirtilmeyen yahut tanımlanmayan şekline (sözgelimi hük-

mün dayanağı kavramın içinin boş bırakılması gibi) dayalı olarak açıklanmasıdır.

Strazburg yargı kararlarına sıkça konu olmaları nedeniyle, iddianame ve mütalaalarında birer yargılama yöntemi araçları ve aynı zamanda yargısal etkinliklerin öncülleri ve uzantıları olmaları nedeniyle gerekçelendirmede son derece önemli bir konuma sahiptirler. Bu bağlamda gerek iddianame ve gerekse mütalaalarda yasal ögelere yeteri ve gerektiği ölçüde yer verilmesi atideki savunma ve direnme stratejilerinin oluşumuna da önemli katkı sunacaktır. Bu adil yargılanma hakkı ile birlikte hakka erişebilmeyi düzenleyen ilkelere yararlanma amacına da hizmet edecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Kurucusu Kemal Atatürk'ün Cumhuriyet Savcılarına seslenirken ifade ettiği yargısal etkinliklerinin, araştırma ve açıklığa (gerekçeye) dayanması gerektiğine ilişkin önerilerinin, konumuz bakımından sıcaklığını koruduğu gibi çarpıcı olması nedeniyle burada değinmek hem romantik, nostaljik hem de tarihsel bir katkı olacaktır. [105]

Iddia makamının da karar ve görüşlerinin gerekçeye dayalı olması bu etkinliklerin kendi doğasında bir bilgilendirme ve değerlendirmeyi gerektireceği kaçınılmazdır. Hal böyle iken uygulamada Cumhuriyet savcılarının idari denetimlerinde yapılan tavsiyelerle[106] özellikle delillerin değerlendirilmesi etkinlikleri kısıtlandığı böylelikle kendilerine intikal eden ihbar ve başvuruların bu önerilerin etkisi ile büyük oranda kamu davasına dönüştüğü ise değerlendirme ve gerekçe ile bağlantısı nedeni ile ayrıca yoğunlaşmaya değer bir meseledir.

Yargıtay bozma ilamlarından sonraki yargılama sürecinde ilk seviye mahkemelerinin bozmaya ilamına uyarak verdikleri kararlarda, gerekçelendirme yükümlülüğünün sürdürdüğü gözetilerek yeniden gerekçe oluşturulması yerine, bozmada belirtilen nedenlere değinmek suretiyle gerekçelendirme yahut blok halinde bu nedenlerin alıntılanarak gerekçelendirme yapılması, keza bozma üzerine eski kararda direnilmesi durumunda da sadece bozmadan önceki karara gönderme yapılması değinilmesi gereken diğer sapma durumudur. Burada mahkemenin bozmaya uyma ile yargılamanın yeni bir sürece girdiğinin bu süre-

cin gereği olarak, iddia savunma ve argümanlarının farklı olacağına bilincinde olarak kararların temellendirmesi gerekmektedir. Bozma sonrası yapılan bu etkinliğin bozmada işaret edilen hususlarla örtüşüp örtüşmediğinin de denetlenmesi bakımından önem arz eder. Ancak bir kararın direnme kararı sayılabilmesi için bozmadan önce verilen karar ile direnmeye ilişkin verilen kararın gerekçe ve sonuç yönünden aynı olması gerekmektedir. Bozmadan sonra yeni ve değişik gerekçeye, açıklama ve kanıtlara dayanılarak gerekçelendirme yeni bir hüküm kabul edilmektedir. Direnme hükümleri önceki hükme ilişkin etkinlik ve dayanaklarda ısrar anlamına gelmekte ise de direnmenin ilk hükümden farklı nedenlerinin mutlaka olduğu gözetilerek, deklere edilmesinin önceki ve sonraki hükmü ikna edici niteliğini güçlendirici bir etki yaratacağı unutulmamalıdır.

Gerekçesizlik başlığı altında değerlendirilmesi gereken bir başka konu da gerekçeli karar yazılmadan yargıcın ölmesi halinde yapılması gerekenle ilgilidir. Türk hukukunda bu konunun Yargıtay kararlarında gündem bulduğu bilinmektedir. [107] Yargıtay bu durumda etkinliğin öznesi yargıcın, yargılama sürecinde edindiği izlenimlerin hükmün verilmesindeki tartışmasız rolünün gerekçe oluşturulmasında da süreceği bu olanağın ortadan kalkması düşüncesi ile yargılamanın yenilenmesi gerektiğini içtihat etmiştir.

Kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişkili olması, gerekçeli kararların matbu şekilde oluşturulması yargı pratiğimizin yakından bilenen ayrı sapma türlerindedir. Bu şekildeki gerekçesizlik modeli ya kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişik olması yahut gerekçeli kararın kendi içinde bir mantıksal bütünlük oluşturmadığı şeklinde gerçekleşebilir. [108] Yargıtay'ın bu konudaki zorlayıcı tutumu ve sınırlı da edinilen donanımlarla matbu karar yazımı şeklindeki etkinliğin artık sistemi terk ettiği söylenebilir.

Yetki aşımı suretiyle gerekçelendirmeye ilişkin pratikte ilk seviye mahkemeleri kararlarında gözlenen ihlal biçimidir. Bu türün dikkat çekici olanı gerekçede samığın manevi kişiliğine ilişkin (sözgeli ahlaki temayülü vs.) nedenlere gönderme yapılarak erteleme istemlerinin reddine ilişkin kararlarda göze çarpar. Ancak anılan ihlal biçimi

Yargıtay uygulamalarının zorlayıcı tutumu ile giderek unutulduğu da bir gerçektir.

Genellikle yasal ifadelerin tekrarı veya yasa hükümünde yer alan ancak ceza tayininde etkili kavramların yetersiz gerekçeler ile yorumlanması da keza eylem için öngörülen cezanın alt haddinden uzaklaşma ya da cezayı azaltıcı durumlarda indirimin alt seviyeden uzaklaşarak verildiğinin de ayrıca ve açıkça gerekçelendirilmesinden sıklıkla imtina edildiği de ayrı bir sapma biçimidir. Uygulamada sanığın lehine etkinliklerin yargılama yöntemine ilişkin yasanın olanak verdiği ölçüde denetimde bozmaya konu yapılmaması da bu kabild sapmalarda etkili olmaktadır.

Adil yargılanma hakkının ihlali olan bu durumlar saptana bilinen kadarı ile sunuldu. Ancak belirlenen bu sapmaların aşılması da olanaklıdır. Yargıçların sadece yasanın dili işlevini gördükleri başka bir deyişle yasaları uygulayan bir otomat oldukları varsayımı ya da kararlarının da norm metinlerinin otomatik sonuçları olduğu varsayımı-savı-artık hukuk metodolojisi ve yorum öğretisi tarafından kesinlikle çürütüldüğü gibi yargıcın yorum konusunda edindiği bu özgürlük sadece normlar ile sınırlı olmayıp uyumsuzluk konusu olayı da kapsamaktadır.[109] Dolayısı ile gerek yargıç gerekse iddia makamı yasa koyucunun kendilerine özgürlük bıraktığı alanlarda anılan bu özgürlüklerinden sonuna kadar yararlanarak yorum metodolojisi aracılığı ile olayı anlamlandırma, nitelendirme, tanımlama, ve değerlendirmede, Strazburg Yargısının temel içtihatlarını referans alarak, amaçsal ve genişletici bir yorumlarla insan hakları ve özgürlüklerini koruyucu, geliştirici etkinlikte bulunmalıdırlar.

Bu etkinlik gerekçelendirmeyi de kapsmalıdır. Normatif alanda bu sonuca ulaşılması için gerek ve yeterli araçlar bulunduğu görüşünderiz. Bunlardan ilki gerektiğinde yasa kuralı oluşturma ikincisi ise takdir hakkının kullanılması olup buna bir üçüncü unsur olarak da uygulama iradesini tamamlayıcı olarak eklemek olanaklıdır. Böylelikle, yasa ve maddelerin de fakto varlık göstermeleri için altın üçgende yer alan yasa insan ve malzeme öğelerinin de işlevsel birlikteliği[110] sağlanmış olacaktır.

Sonsöz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İç hukuktaki normlar hiyerarşisinde kanun olarak değerini bulmuştur. Dolayısıyla sözleşme normları başkaca ritüele gerek duyulmaksızın ulusal normlar ile "Hak ve özgürlükler" temelinde bir birliktelik kurarak İç Hukuk Ailesinin (pozitif hukuk ailesinin) bireyi olmuştur.

Sözleşme'nin birinci maddesi ile Yüksek Sözleşmeci Yanlara, yetki alanları içindeki yurttaş olsun olmasın "Herkes" hak ve özgürlükler konusunda olanaklar sağlamaları ödev olarak yüklenmiştir.

Ancak bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde izlenecek yöntemlerin sözleşmenin ruhuna aykırı olmamak koşulu ile yanlara bırakılmıştır. Yan devletler, bu yükümlülüklerini ya sözleşme normlarının iç hukukun bir parçası(birci yöntem) olarak ya da doğrudan doğruya (ikinci yöntem) uygulamak suretiyle gerçekleştirmektedirler.

Böylelikle bireyler uluslararası hukuktan doğan haklarını yetkili ulusal yargı organları önünde başvuruya konu yapabilecekleri gibi ulusal yargı organları da uluslararası sözleşmeyi uygulamak ile sorumlu olacaklardır. Ancak ulusal mercilerin sözleşme hükümlerini doğrudan doğruya uygulayabilmeleri için ulusal düzeyde ek düzenlemelerin gerçekleştirilmesine gerek bulunmaması koşuluna bağlıdır. Buradan hareketle denilebilir ki;

1- Sözleşmeden kaynaklanan taahhütlerin yerine getirilmesi ancak sözleşme ruhuna uygun ve uygulanabilir düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ile birlikte etkin bir uygulama pratiğine bağlıdır.

2- Yargıçlar Sözleşmenin bütününde olduğu gibi gerekçe uygulamasında da insan hakları eksenli ortak bir "Avrupa Hukuku" ile "Korunma Düzeneği"ni gerçekleştirmeyi hedefleyen "anlayış ve algılamaları" ve bunların gerçekleşmesinde etkinliği tartışmadan ayrık Avrupa Mahkemesi'nin insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacına dayalı, ortak bir Avrupa Hukuk kültürü ve anlayışının temel alan paradigmasını belirleme, adlandırma, nitelendirmede ölçüt almak zorundadırlar.

3- Ancak bu şekildeki edim, Avrupa Mahkemesi

içtihatlarının kaba bir uygulaması yahut doğru-
dan emsal alınması şeklinde algı ve yorumlanma-
sı yerine, bu içtihatların içeriğindeki “temel ilke-
ler” ve bununla “ulaşılmak istenen amacın” sap-
tanması ile gerçekleştirilmiş olacaktır.

4- Yöresel Yargı organları; Demokratik bir Siyasal
Rejim ve Hukuk’un üstünlüğünün yöneldiği barış
ve adalet idesinin yargılama alanında gerçekleş-
mesinin her şeyden evvel “Doğru Hukukun Bilgi-
si” [111] yanında “Hukukun Kültürü” temelli bir
etkinlik olduğunun farkında olarak, davranmaları
gerekmektedir.

Ancak bunun için adına ister “istenç” ister “pa-
radigma” densin mutlaka bir uygulama iradesine
gerekse vardır. Uygulama iradesi ise özellikle
ve öncelikle bir özeleştirinin varlığını gerektirir.
Özeleştirisi ise, Yargıçların ‘duruşma anlayışından
yargılama anlayışına’[112] geçişi sağlayacak ve
haklara erişmeyi kolaylaştıracak güvence altına
alacak, bilgi temelli etkinliklerini artırmaları, id-
dia makamının ise gerek kendisi gerekse adına
görev yapan kişi ve kurumlar aracılığı ile ‘argü-
man çokluğundan ziyade argüman ağırlığını esas
alan’[113] hızlı, etkili ve sonuç alıcı delil elde
etme yöntemini geliştirmeleri, yargının bağımsız
ögesi olan savunmanın ise savunma tekelinin
vermiş olduğu yetki ve sorumluluk bilinci ile ‘sü-
rece özenli aktif bir savunma konsepti’ ile katkıda
bulunmaları ile olanaklıdır.

Söz konusu anlayışın benimsenip yerleşmesi adil
ve güvenli yargılanma hakkı ile amaçlananların
gerçekleşmesine sayısız katkı sunacaktır.

Dolayısı ile yargılamada sürecinde her birinin
farklı ancak inkar edilemeyecek etkinlik ve katkı-
sı bulunan bu dinamiklerin somut uyumsuzluğu,
Strazburg Yargı Kararlarının norm ve olaya iliş-
kin yorumları ile bu yorumun özündeki ilkeler-
den yararlanarak gidermeyi amaç edinmeleri, a-
daletin kolektif bir çabanın ürünü olduğu savının
da gereği olacaktır.

Bu amacın gerçekleşmesi, büyük ölçüde yargıç ve
diğerlerinin öncelikle, nitelikli bir hukuk eğitimi
yanında yoğun, uygulamaya dönük ve makul sü-
reli bir mesleki hazırlık dönemi geçirmelerine
bağlı görünmektedir.

Bu bağlamda, hukuku mayalandıran ve tatlandı-

ranın, hukukun felsefe ve sosyolojisi ile yorum
bilimi olduğu bir kez daha anımsanmalı, bu bi-
limlerin yeniden kürsülerde hak ettikleri etkinlik
ve konuma kavuşturulması sağlanarak, felsefe ve
sosyolojiye yönelik bu ikincil ve ilgisiz tutumun-
da terk edilmesi gerekmektedir.

Hukuk eğitiminin değişik aşamalarında ve özel-
likle yargıç eğitiminde bu eksikliğin giderilmesi
yargıçların felsefe ve sosyolojideki argümanla-
ra[114] başvuru gereksiniminin de dolaylı karşı-
lanmasına hizmet edecektir.

Hukuk pratiği ile yorum öğretisi arasındaki yo-
ğun ilişki de akılda tutularak, yorum öğretisinden
fazlası ile yararlanılmasının kapıları mutlaka
aralanmalıdır. Yorum metodolojisi anlamlandır-
ma ve nitelendirmede kaçınılmaz bir değere sa-
hiptir. Zira bu kararlardaki hukuksal kavramların
açık ya da gizlenen anlamları ve normatif düzen-
leme ile hedeflenen nihai amacın belirlenmesi
yargıcın yorum metodolojisini bilip etkili kulla-
nımı ile olanaklıdır.

Bu bağlamda, yorum metodolojisi Genelde Straz-
burg, özelde de Türk Yargısının geleceğin huku-
kunun tasarlanmasında sık sık başvurulan algı-
lama tanımlama, nitelendirme ve değerlendirme
araçlarındandır. Geçmişten günümüze değin ge-
lenen süreçte insan haklarının ve özgürlüklerinin
henüz gelişimlerini tamamlamadıkları gözetil-
diğinde, baş vurulan genişletici ve amaçsal yo-
rum yöntemlerinin anılan gelişimin tamamlan-
masında katılımcı ve kurucu bir işlev üstlenecek-
leri kesindir.

6- Bu anlamda gerekçenin de anılan misyonun
edinilmesinde insan hakları alanındaki katkıların
bileşeni olarak önemsenmeli bu önem, Strazburg
Mahkemesinin temel içtihatlarının referans alın-
masında kendini bulmalıdır. Ancak, gerek öğreti
ve gerekse Yüksek Yargının ayrık pratikleri bir
yana Avrupa Mahkemesinin temel içtihatları ve
insan hakları anlayışı ile uyumlu biçimi gözetil-
diğinde bu alandaki argümanlardan da yeteri ve
gerektiği kadar alınarak karşılıklı etkileşimin ka-
nalları açık tutulmalıdır. İnsan haklarının gelişimi
de bu bileşenlerin katkıları ivme kazandıracaktır.

7- Gelineen noktada gerekçeli karar hakkı konu-
sunda iç hukuk sisteminin Strazburg yargı orga-

nının temel kabul ettiği ölçülerle bir iki ayrıntı dışında örtüştüğü ve kimi zamanlarda da ötede olduğu bir gerçektir.

8- Yargıçların bir yönüyle hukuk uygulayıcısı öteki yüzü ile bir sosyal/hukuk tasarımcı kimliği taşıdıkları, gelecekteki sosyal düzen ve bu düzenin dayandığı normatif alanın, odağına insanın değer olarak oturtulması, bu kimlik sayesinde olacaktır. Hukuk bu kimlikte adalete dönüşecektir.

9- Sonuç olarak ifade edilebilir ki; Gerekçeli karar alma hakkı koruyucu düzeneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa ve yargılama yöntemine ilişkin yasalar, öğreti ile bunların pratiğinden oluştuğu, bu mekanizmanın niteliği itibarı ile hakkın kullanımını kolaylaştıracak ve koruyacak ve geliştirecek bir konseptte sahip olduğu, bu anlamda Türk Yargısının yeterli donanım ve argümana sahip olduğu söylenebilir ise de, ilk seviye yargı yerleri, hazırlık tahkikatı makam ve uzantıları ile yargılamanın diğer ögesi savunma kurumunun bu konseptte tamamıyla uygun pratiklerinin olmadığı belirtilen sapma biçimleri ile ortadadır. Bu konudaki savın Türk Devleti aleyhine açılan ve sona eren mahkumiyet rakamları ile de sabittir.

Anılan durumdan kurtulmanın şimdiye dek anlatılanların yanında uygulayıcıların (dinamiklerin) kimi ve neyi temsil ettiklerinin bilincinde olarak, insan haklarında somutlaşacak bir adalette, katılımcı kimlikleri ile öne çıkmalıdırlar.

** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının değerlendirilmesi ve metodoloji toplantısına bildiri olarak sunulmuştur

[1] Immanuel Kant, Aydınlanma nedir? Sorusuna Yanıt, çeviren Nejat Bozkurt, Yazko Felsefe Yazıları Sayı: 6.

[2] Yargıç Mustafa Kutlu, Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri, H.F.S.A.7. Sayı, H.Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.122

[3] Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, H.F.S.A.7. Sayı, Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü Bir Açıklama, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, s.114

[4] Mustafa Kutlu, a.g.e., s.130

[5] Kutlu, a.g.e.

[6] Sayın Adalet Bakanının Milliyet gazetesinde 07.01.2004 tarihinde yayınlanan açıklamasında, Hükümet Aleyhine A.İ.H.M.'ye toplam 2419 başvuru yapıldığını, bunlardan 344 ünün aleyhe, 18 adedinin lehe, 559 unun dostane çözümle sonlandığını, 168 adedinin kabul edilebilir olduğunu, 67'sinin kayıtlardan silindiğini, 288 adedinin kısmen kabul ile sonuçlandığını ve 835'inin ise halen inceleme aşamasında bulunduğunu açıklamıştır.

[7] "Öğretinin bir kısmı İHAS'ye anayasal ya da en azından yasa üstü bir değer tanımaktadır. Buna karşılık, sözleşmeyi olağan kanun gücünde kabul eden görüş baskındır." B.k.z., İ.Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 3.baskı, Mart 1996 ,İst.,s.123

[8] Kaboğlu, a.g.e., s.123

[9] Kaboğlu, a.g.e., s.119

[10] Kaboğlu, a.g.e., s.119-120

[11] Kaboğlu, a.g.e., s.120-121

[12] Kaboğlu .a.g.e., s.125

[13] Bu deyim sayın Mithat Sancar'dan alınmıştır.

[14] Örn., H.v. Belgium, a.g.k., para., 53, aktaran Dr. Inceoğlu, a.g.e., s.309

[15] Ruiz Torija/İspanya, Seri A No.262 (1995) Hugh Tomlinson QC, AİHM. içtihatları değerlendirme seminerine sunduğu bildiri, s.5

[16] K.Reid, a.g.e., s.39

[17] Karen Reid, Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, 3. Kitap, s.37

[18] Bkz. d.j. Harris, M.O'Boyle, C. Warbric, a.g.e., 215; K. Reid, A Practitioner's., a.g.e., s.128. K. Starmer; a.g.e., s.376, aktaran Dr. Inceoğlu, a.g.e., s.311

[19] Van De Hurk-Hollanda, Seri A, No.288 (1994), Naula Mole ve Catharina Harbe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Birinci Baskı, Ekim 2001, Sayfa 43

[20] Hadjinastassiou/Yunanistan, Seri A No.252-A (1992), Tomilson, a.g.e., s.,5

[21] Hiro Balani-İspanya, Seri A No.303-B (1994) Hugh Tomlinson QC, 6. madde: Adil Yargılama Hakkı başlıklı Adalet Bakanlığı Eğitimciler Eğitimi Seminerine sunulan bildirisinin 5. Sayfası

[22] Dr. Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta

- Yayınları, I.BASI, 2002, İstanbul, s.314
- [23] 10 CD.2003 T ve 2002/30682 Esas.2003/5345 Karar sayılı içtihadı
- [24] 25852/94
- [25] Dr. Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 1.bası, Beta Yayınları İst. 2002, sayfa 315
- [26] Dr. Sibel Inceoğlu, a.g.e., sayfa 315, Appl. no. 8769/79, Xv, Germany 16.07.1981, 25 DR 241
- [27] Karen Reid, a.g.e., s.38
- [28] YCGK 07.10.1991 T.ve 227/255 ,03.12.1996 T. ve 4-251/262 Sayılı Kararları, Kaban-Aşaner-Yalvaç, aktaran Hamdi Yaver Aktan Yargıtay 8.D. Üyesi, eğitimciler eğitimi seminerine sunumu
- [29] Mustafa Kutlu, Yargıç, Yargıç Meşruyetinin Görünüm Biçimleri, HFSA İstanbul Barosu Yayını sayfa 15
- [30] K.Reid, a.g.e., s.38
- [31] K.Reid, a.g.e., s.38
- [32] 30.11.1987 tarih ve 8950 /80 Belçika, Dulaurs-Fransa, Hele-Finlandiya
- [33] H.v. Belgium, a.g.k., para.53, aktaran Dr. Inceoğlu, a.g.e., s.315
- [34] De Mor -Belçika Davası
- [35] Dr. S.Inceoğlu, a.g.e., s.316
- [36] Georgiadis-Yunanistan
- [37] M.Kutlu, a.g.e., Sayfa 15
- [38] Dr.M.Tören Yücel, a.g.e., Sayfa 121-122
- [39] 9.CD.2003 T.2003/210-902
- [40] 21.01.1999, 30544/96, GarciaRuiz-İspanya, 19.12.1997, 20772/92, Helle-Finlandiya, Doç. Dr., Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Beta yayınları, cilt 1, 1.bası, 2002 İst.,
- [41] Melin/Fransa, Mutatis Mutandis Artico/İtalya, Goddi/İtalya, Ruiz Torija/İspanya, alıntı Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük-Prof. Dr. A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulanması 4 bası, Ankara 2003, Turhan Kitabevi, Sayfa
- [42] K.Reid, a.g.e., s.39
- [43] Georgiadis-Yunanistan davasında "başvurucunun haksız yere tutuklanmasına ilişkin tazminat verilmemesi kararı, iç hukuka uygun olarak beraat kararı ile birlikte verilmiş ve kendisinin "büyük ihmali" nedenine dayandırılmıştır. İHAM tazminata ilişkin başvurucuya kendi savlarını ortaya koyma imkanı tanınmasını madde 6/1' aykırı bulmuştur. Milli mahkemelerin sadece yasada yer alan "büyük ihmali" kavramına atıf yapmasını dikkate almıştır. İHAM'a göre, milli mahkemelerin kararları başvurunun tazminat hakkı için belirleyici olduğundan söz konusu olayların değerlendirilmesini içeren "büyük ihmali" kavramının açık olmayışı milli mahkemelerin daha detaylı gerekçeler gösterilmesini gerektirmektedir." Inceoğlu, a.g.e., s.314, ayrıca bakınız H.Belçika davası
- [44] Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, Yargıtay Dergisi, cilt. 28 Ocak-Nisan 2002, sayı 1-2, s 192-213; Çağlar, a.g.e., s.64-65, aktaran Kutlu, a.g.e., s.152
- [45] D.5.D., E., 1986/1723, K., 1991/933 sayılı kararı, s. 10, Kaboğlu, a.g.e., s.124
- [46] Bkz. Bakır Çağlar "Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: hukuk ve demokrasi" Anayasa Yargısı-9, Ank.1993, s.281 aktaran Kaboğlu, a.g.e., s.124
- [47] İBK, tümüyle uluslararası standartlar göz önünde tutularak alınmış bir karar"dır. (Akıllıoğlu, a.g.e., s.42); krş. B.Çağlar "Avrupa yeni Mekanında ...", S.281. AKT. i.ö. Kaboğlu a.g.e., s.124
- [48] Danıştay'ın 1997/3572-2435
- [49] Y.H.G.K.K.24.10.2001, 1016/757 Duman a.g.e. Sayfa 159
- [50] İBK. 7.6.1976 T.3/3, Akt.H.Erol, a.g.e., s.177
- [51] C.G.K.9.6.1998 T.8-163/216 Kaban-Aşaner-Yalvaç, a.g.e Sayfa 131-134 Aktaran Aktan a.g.s Sayfa
- [52] 9.C.D 2003/210-902 sayılı kararı
- [53] 9 C.D.13.02.2002 T.2001/1268, 2002/301, C.G.K. 18.04.2000 T.7-75/80 Kaban-Aşaner-Yalvaç a.g.e S.850-851 Aktaran Aktan a.g.e S.
- [54] YCGK 2002 T.2002/2-236 K., aktaran N. Yorgancı, www.adalet.org
- [55] Y.1.HD.28.06.1978 t.7281/7379 K. aktaran Av. İ. Hasan Duman, Konu ve Sorunlarla Hukuk Devleti, 2.Baskı, Kartal-İstanbul, s.162
- [56] Y.4.CD.05.10.1995 T.1995/4601-6332, aktaran Nihat Yorgancı, www.adalet.org, Yargıtay Kararları Sayfası
- [57] YCGK, 23.12.1998 T., 2-314/380, Kaban-Aşaner-Yalvaç, a.g.e. s.862, aktaran Aktan
- [58] Y.1.CD.23.08.1993 T.1993/1453-1552 K., aktaran N.Yorgancı, www.adalet.org
- [59] Y.5.CD.25.01.1993 T., 1992/4164-157 K. Aktaran

- Yorgancı, www.adalet.org
- [60] Y.5.CD.09.11.1993 T.1993/3664-3973, 2.CD. 17.10.1995 T.1994/12461 E,1995/206 K. aktaran, Yorgancı, www.adalet.org
- [61] YCGK.03.10.1995 T.1995/3-267/267 K. aktaran, Yorgancı, www.adalet.org
- [62] YCGK.20.12.1993 T.,1993/16-290 E,1993/327 K. aktaran Yorgancı, www.adalet.org
- [63] Y.4.CD.18.05.1994 T.1994/1437-4605 K., AKTARAN, Yorgancı, www.adalet.org
- [64] Y.10.CD.2003 T.2002/30682 E,2003/5345 K., aktaran, Yorgancı, www.adalet.org
- [65] YCGK.23.12.1998 T.314/330 K.Kaban-Aşaner-Yalvaç, a.g.e., s.854, aktaran Aktan
- [66] 4.CD.24.02.1999 T.,12501-924, Akt. Haydar Erol, İçtihatlı C.M.U.K.2002 Ank,s.181
- [67] Prof. Dr. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Bası, Kazancı Matbaacılık İstanbul, sayfa 43
- [68] Prof.Dr.Erdener Yurtcan,C.M.U.K Şerhi,Kazancı yayınları,İst,1988, ,2.cilt,s,393
- [69] Prof.Dr.Erdener Yurtcan,C.M.U.K Şerhi,Kazancı yayınları,İst,1988, ,2.cilt,s,392
- [70] Prof. Dr. Baki Kuru,Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, 1995, alfa yayıncılık, sayfa 535 HKG 28.04.1993, 2/91-187 (İKİD 1994/398 s.10076-10077)
- [71] Duman, a.g.e., s.159-293
- [72] Yargıtay Onursal üyesi,Çetin Aşçıoğlu, Hukuk Yargılamasında Yargıç ve Avukatın Etkinliği, H.F.S.A. 6.Sayı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, s.105
- [73] Dr. M. Tören Yücel, Hukuk ve Gerçekler, 1.bası, Ankara, 2001, s.,50
- [74]Dr. M.T. Yücel, Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi, H.F.S.A. İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, 8. Sayı, s.163
- [75]NçMacCormick. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford Universty Press.1994 p.103, Dr. M.T.Yücel, Hukuk ve Gerçekler, 1.Bası, Ankara 2001, s.50
- [76]Yargıtay Onursal Üyesi, Çetin Aşçıoğlu, Yargı Kararlarında Gerekçe Sorunu, H.F.S.A. 8.Sayı, Hz.H.Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.156
- [77]Dr. Mehmet Kamil Yıldırım,Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirmesi,Kazancı Yayınları,İstanbul 1990,s.200
- [78] Kutlu ,a.g.e.,s.134
- [79] Kuçuradi,a.g.e.,s.145-146,aktaran Kutlu,a.g.e. s.134
- [80] Karş.,Kuçuradi,a.g.e.,s.143;‘Makul bir kararın ön koşulu,karar verecek kimsenin bütün önyargılarından kurtulmuş olması gerektiğidir.’Abdullah Dinçkol,Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler,H.F.S.A.Afa,Haz.Hayrettin Ökçesiz,2.Kitap,İstanbul ,Şubat 1995,s.173-175,aktaran Kutlu,a.g.e.s.134
- [81] M.T.Yücel,a.g.e.,s.91
- [82] Ç.Aşçıoğlu.a.g.e.,s.156
- [83] M.T.Yücel ,a.g.e.,s.13
- [84] Schurteris.433 aktaran.M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.200
- [85] Kunter,a.g.e.,s.40-41
- [86] Stein/Jonas/Leipold, paragraf 286,II Kn.12,15, aktaran M.K.Yıldırım,a.g.e.,s.200
- [87] Avusturya Hukukunda OGH 8.10.1901 N2 1902,301,M.K.Yıldırım a.g.e.,s.202
- [88]Stein/Jonas/Leipold,p 286,II Kn.12 ve orada dn.25 de karş. istenilen RGJW 99,278, akt., M.K. Yıldırım, a.g.e.,s.2002
- [89] Schneider, Bewciswürdigung, no.587, akt., M.K. Yıldırım, a.g.e.,s.2002
- [90] Gottwald, Argumentation, s.127, akt. M.K. Yıldırım, a.g.e., s.2004
- [91] M.T.Yücel, a.g.e.,s.91
- [92] M.T.Yücel, a.g.e.,s.,168
- [93] M.T.Yücel, a.g.e.,s.,170
- [94] Kunter, a.g.e.,s.40-41
- [95] M.T.Yücel,a.g.e.,s.,167
- [96] Kuçuradi,a.g.e.,s.
- [97] M.Kutlu,a.g.e.,s.17
- [98] M.T.Yücel,a.g.e.,s.167
- [99] M.T.Yücel,a.g.e.,s.92
- [100] Sözelimi bu şekildeki sapmaların tutuklama ve sorguya sevklerde tesadüf edildiği,tutuklama istemlerini içeren tezkerelerde “işlenen suçun vasıf ve mahiyetine, mevcut delil durumuna ya da sanığın kaçma şüphesi, suçun ağır cezalıktan mevattan olması gibi” genel ve soyut ibarelere yer verilerek tutuklama talep edildiği, aynı yöntemle bu kez yargı organının başvurarak “aynı ifadelere gönderme ya da

- tekrarlanarak” tutuklama kararlarının verilmesinde, bir içselleştirmenin ve aynılaştırmanın varlığı dikkate değerdir. Arama kararlarındaki aynı algı ve uygulamalarda bilinmektedir.
- [101] “Bir dava ile satranç oyunu arasındaki fark, ortadaki para dışında, yöntem seçiminin burada keyfi olmamasıdır.” Jacques Werges, Savunma saldırıyor, metis yay. S,98
- [102] “Çoğu avukatların temyiz dilekçeleri de hukuk duygusu gösterisinden yoksun bulunmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında görevli savcı Dr.A. Çınar’ın bir tebliğnameye ilişkin olarak saptadığı şu durum oldukça ilginçtir: kendisi beş noktadan kararın bozulması isteminde bulunmasına karşılık avukatın beş sayfalık temyiz dilekçesinde bir tanesine dahi temas etmediği görülmüştür.” Dr. M.Tören Yücel,H.F.S.A., Sayı 8, Hz. H. Ökçesiz, İst. Barosu yay. İst. 2003, s.168
- [103] Dr. M. Kamil Yıldırım, a.g.e., s.200-202
- [104] Buna Çankırı ve Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararların belirgin birer örnek verilebilir.” Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir boşanma davasında kocası tarafından dövüldüğü sabit olan bir kadının açtığı boşanma davasını evlilik birliğinin sürmesinde çocukların yararı bulunduğu kamsı ile reddettiği ve kararın gerekçesinde de “karının sırtını sopasız ve karnını sıpasız bırakma ” halk deyişine yer verdiği, 1987 yılında ise, Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemesi verdiği bir kararında, evini terk eden kadının eve dönme davetine uymaması nedeniyle açılan boşanma davasında “karının kocasının zinasına göz yumması gerektiği”, “çevrenin sosyal özellikleri itibarıyla halk arasında bu tür davranışların yaygın olduğu” gerekçesi ile boşanmaya hükmetmiştir.” Dr. M.Tören Yücel,H.F.S.A.,Sayı 8,HZ.H.Ökçesiz, İst. Barosu yay. İst. 2003, s.166
- [105] “ Savcılarımızın kovuşturmak ve açmak zorunda oldukları ceza davaları, mahkeme huzurunda her türlü delille aydınlatılacaktır.Cumhuriyet Savcılarının bu konuda yapacakları açıklamaları, kamu hukuku adına istenen ceza, suç ve sanık hakkında kamuoyunun aydınlatılması için verilecek hükmün niteliğine ilişkin aşık bir fikir edinilmesini sağlamak için gerekli bulurum. Davaların Yargıtay’da incelenmesi sırasında da bu konunun büyük kolaylık sağlayacağı açıktır. Savcılık karar değil dava makamıdır. Yargılama sırasında ve duruşmada savcılarımızın kendilerini herhangi bir davanın taraflarından sayarak ısrarlı açıklamaları ve görüşlerinin kabul edilmesini ve desteklenmesini sağlamak için tüm tarihsel ve yasal araçlardan yararlanmayı ihmal etmemeleri gerekir “Kemal Atatürk, Atatürk’ün cumhuriyet savcılarına seslenişi, 9 Ekim 1925, Adalet Bakanlığı tamimleri 1924-1927 den nakleden Doç.Dr. Ali Birinci, Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı 1, 1988, s,23-24
- [106] “Her ne kadar Cumhuriyet savcıları CMUK. 163. maddesine göre delillerin kamu davasının açılmasına yeterli olup olmadığını takdir yetkisine sahip iseler de, bu yetkinin aşılması suretiyle ve delillerin değerlendirilmesine girilip, bazı kanıtların üstün tutulması yolunda irdelemeler yapılmasının mümkün olmadığını bilmesi, hazırlık tahkikatı sonunda yeterli delil bulunmaması veya keyfiyetin takibe değer görülmemesi kriterlerinin daha sağlıklı ve titizlikle uygulanmasına özen gösterilmesi” gerektiği müfettiş raporlarına konu olmaktadır.
- [107] Y.2.CD.24.03.1995 T.,1995/2419-3803
- [108] YCGK.20.12.1993,1993/10-304,337 S.K.
- [109] Sancar a.g.e. sayfa 193
- [110] Dr. Tören Yücel a.g.e.sayfa 166
- [111] H.Ökçesiz, HFSA, S.8, İST. barosu yay, İst. 2003, s.120
- [112] Bu deyim Sayın Yargıtay Onursal Başkanı Sami Selçuk’un hatırlanamayan bir konuşmasından alınmıştır.
- [113] Orjinali “argumente non sunt numeranda sed ponderanda-Argümanları saymamalı, tartmalıdır “olan bu deyiş, insanlığa ait 2000 yıllık ortak hukuk kültürünün bir kuralı olup, Sayın Profesör H. Ökçesiz’den alınmıştır.
- [114] Bu deyim Sayın Doç.Dr. Yasemin Işıқтаç’tan ödünç alınmıştır. HFSA 8, s.127